SINOPSES JURÍDICAS

20

Direito Administrativo

Parte II

Márcio Fernando Elias Rosa

Editora Saraiva

Direito Administrativo

Parte II

saraivajur.com.br
Visite nosso portal

SINOPSES JURÍDICAS

Márcio Fernando Elias Rosa
Procurador de Justiça/SP.
Mestre em Direito do Estado pela PUCSP.
Professor Universitário e no Complexo Jurídico Damásio de Jesus.

Direito Administrativo

3ª edição

2011

Volume 20

Editora Saraiva

Editora Saraiva

Rua Henrique Schaumann, 270, Cerqueira César — São Paulo — SP
CEP 05413-909
PABX: (11) 3613 3000
SACJUR: 0800 055 7688
De 2ª a 6ª, das 8:30 às 19:30
saraivajur@editorasaraiva.com.br
Acesse: www.saraivajur.com.br

FILIAIS

AMAZONAS/RONDÔNIA/RORAIMA/ACRE
Rua Costa Azevedo, 56 – Centro
Fone: (92) 3633-4227 – Fax: (92) 3633-4782 – Manaus

BAHIA/SERGIPE
Rua Agripino Dórea, 23 – Brotas
Fone: (71) 3381-5854 / 3381-5895
Fax: (71) 3381-0959 – Salvador

BAURU (SÃO PAULO)
Rua Monsenhor Claro, 2-55/2-57 – Centro
Fone: (14) 3234-5643 – Fax: (14) 3234-7401 – Bauru

CEARÁ/PIAUÍ/MARANHÃO
Av. Filomeno Gomes, 670 – Jacarecanga
Fone: (85) 3238-2323 / 3238-1384
Fax: (85) 3238-1331 – Fortaleza

DISTRITO FEDERAL
SIA/SUL Trecho 2 Lote 850 – Setor de Indústria e Abastecimento
Fone: (61) 3344-2920 / 3344-2951
Fax: (61) 3344-1709 – Brasília

GOIÁS/TOCANTINS
Av. Independência, 5330 – Setor Aeroporto
Fone: (62) 3225-2882 / 3212-2806
Fax: (62) 3224-3016 – Goiânia

MATO GROSSO DO SUL/MATO GROSSO
Rua 14 de Julho, 3148 – Centro
Fone: (67) 3382-3682 – Fax: (67) 3382-0112 – Campo Grande

MINAS GERAIS
Rua Além Paraíba, 449 – Lagoinha
Fone: (31) 3429-8300 – Fax: (31) 3429-8310 – Belo Horizonte

PARÁ/AMAPÁ
Travessa Apinagés, 186 – Batista Campos
Fone: (91) 3222-9034 / 3224-9038
Fax: (91) 3241-0499 – Belém

PARANÁ/SANTA CATARINA
Rua Conselheiro Laurindo, 2895 – Prado Velho
Fone/Fax: (41) 3332-4894 – Curitiba

PERNAMBUCO/PARAÍBA/R. G. DO NORTE/ALAGOAS
Rua Corredor do Bispo, 185 – Boa Vista
Fone: (81) 3421-4246 – Fax: (81) 3421-4510 – Recife

RIBEIRÃO PRETO (SÃO PAULO)
Av. Francisco Junqueira, 1255 – Centro
Fone: (16) 3610-5843 – Fax: (16) 3610-8284 – Ribeirão Preto

RIO DE JANEIRO/ESPÍRITO SANTO
Rua Visconde de Santa Isabel, 113 a 119 – Vila Isabel
Fone: (21) 2577-9494 – Fax: (21) 2577-8867 / 2577-9565 – Rio de Janeiro

RIO GRANDE DO SUL
Av. A. J. Renner, 231 – Farrapos
Fone/Fax: (51) 3371-4001 / 3371-1467 / 3371-1567
Porto Alegre

SÃO PAULO
Av. Antártica, 92 – Barra Funda
Fone: PABX (11) 3616-3666 – São Paulo

120.645.003.001

ISBN 978-85-02-11341-1

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Rosa, Márcio Fernando Elias
Direito administrativo / Márcio Fernando Elias Rosa. – 3. ed. – São Paulo : Saraiva, 2011. – (Coleção sinopses jurídicas; v. 20)

1. Direito administrativo 2. Direito administrativo – Brasil I. Título. II. Série.

10-11402 CDU-35

Índice para catálogo sistemático:

1. Direito administrativo 35

Diretor editorial *Antonio Luiz de Toledo Pinto*
Diretor de produção editorial *Luiz Roberto Curia*
Gerente de produção editorial *Lígia Alves*
Editor *Jônatas Junqueira de Mello*
Assistente editorial *Sirlene Miranda de Sales*
Assistente de produção editorial *Clarissa Boraschi Maria*
Preparação de originais *Daniel Pavani Naveira*
Arte e diagramação *Cristina Aparecida Agudo de Freitas*
Lídia Pereira de Morais
Revisão de provas *Rita de Cássia Queiroz Gorgati*
Ivani A. M. Cazarim
Serviços editoriais *Carla Cristina Marques*
Vinicius Asevedo Vieira
Capa *Aero Comunicação*

Data de fechamento da edição: 6-10-2010

Dúvidas?
Acesse www.saraivajur.com.br

Nenhuma parte desta publicação poderá ser reproduzida por qualquer meio ou forma sem a prévia autorização da Editora Saraiva.
A violação dos direitos autorais é crime estabelecido na Lei n. 9.610/98 e punido pelo artigo 184 do Código Penal.

ÍNDICE

Capítulo I — Licitação 15
1. Introdução 15
2. Dever de licitar 16
3. Conceito 17
4. Finalidade 17
5. Legislação 17
6. Princípios 18
7. Objeto 23
8. Destinatários 24
9. Pressupostos 25
10. Contratações diretas: licitação dispensada, dispensável e inexigível 25
10.1. Licitação dispensada 26
10.2. Licitação dispensável 29
10.3. Licitação inexigível 35
11. Modalidades de licitação 37
11.1. Definição da modalidade obrigatória 38
11.2. Concorrência 38
11.3. Concorrência internacional 39
11.4. Características ou requisitos da concorrência 39
11.5. Tomada de preços 40
11.6. Convite 40
11.7. Concurso 41
11.8. Leilão 41
11.9. Pregão 42
11.10 Consulta 43
12. Procedimento — fases 43
12.1. Edital 44
12.2. Habilitação 45

12.3. Classificação 46
12.4. Julgamento 46
12.4.1. Tipos de licitação 47
12.5. Homologação 48
12.6. Adjudicação 48
12.7. Invalidação da licitação 48
12.8. Recursos 49
13. Pregão — especificidades 50
14. As fases dos procedimentos licitatórios 53

Capítulo II — Contratos Administrativos 57
1. Conceito 57
2. Contratos administrativos — características 57
2.1. A Administração como contratante 58
2.2. Finalidade do objeto 58
2.3. Formalismo 59
2.4. Procedimento 59
2.5. Cláusulas exorbitantes 60
3. Competência legiferante 60
4. Espécies 60
5. Vigência e eficácia 61
6. Prazo de duração 61
7. Garantias 61
8. Cláusulas exorbitantes 62
8.1. Alteração e rescisão 63
8.2. Manutenção do equilíbrio econômico e financeiro 63
8.3. Inoponibilidade da exceção de contrato não cumprido 63
8.4. Controle do contrato 64
8.5. Penalidades 64
8.5.1. Multa 65
8.5.2. Suspensão temporária 65
8.5.3. Declaração de inidoneidade 65
8.5.4. Abrangência 65
8.6. Instrumento contratual 66
8.7. Execução do contrato 66
8.8. Extinção do contrato 67
8.9. Inexecução contratual 67
8.10. Teoria da imprevisão 68
8.10.1. Caso fortuito 68
8.10.2. Força maior 69

8.10.3. Fato do príncipe 69
8.10.4. Fato da Administração 69
8.10.5. Interferências imprevistas 70
8.10.6. Distinções e considerações finais 70
9. Modalidades — contratos em espécie 70
9.1. Contrato de obra pública (contrato de colaboração) 71
9.2. Contrato de serviço (contrato de colaboração) 71
9.3. Contrato de fornecimento (contrato de colaboração) 72
9.4. Contrato de concessão 72
9.4.1. Concessão de obra pública 73
9.4.2. Concessão de serviço público 73
9.5. Contrato de gerenciamento 74
9.6. Contrato de gestão 75
10. Convênios 75
11. Consórcios 76
12. Consórcios públicos 76
12.1. Personalidade jurídica e constituição 77
12.2. Normas comuns aos consórcios públicos 77
12.3. Espécies de contrato 79
12.4. Alterações legislativas 80
13. Parceria público-privada 81

Capítulo III — Serviços Públicos 84
1. Conceito 84
2. Pressupostos 84
3. Dever de prestar 84
4. Classificação 85
5. Princípios 86
5.1. Continuidade do serviço público 87
5.2. Generalidade 87
5.3. Igualdade entre os usuários — isonomia 88
5.4. Eficiência 88
5.5. Atualidade 88
5.6. Modicidade das tarifas 88
5.7. Cortesia 88
6. Direitos do usuário 88
7. Formas de prestação 89
7.1. Serviços centralizados 90
7.2. Serviços desconcentrados 90
7.3. Serviços descentralizados 90

8. Titularidade e modo de prestação 90
9. Delegação e outorga de serviço público 91
10. Concessão de serviço público 91
10.1. Competência legiferante 92
10.2. Conceito legal 92
10.3. Características 92
10.4. Remuneração 96
10.4.1. Taxa 96
10.4.2. Preço público — tarifa 96
11. Permissão de serviços públicos 96
12. Autorização 97
13. Agências executivas 98
14. Agências reguladoras 98
15. Parceria público-privada 98
15.1. Conceito legal 98
15.2. Modalidades (Lei n. 11.079/2004) 99
15.3. Abrangência (Lei n. 11.079/2004) 99
15.4. Limites 100
15.5. Identidade do regime jurídico — concessões comuns e regime das PPPs 100
15.6. Distinções — concessões comuns e regime das PPPs 101
15.7. Licitação 101
15.8. Contraprestação 102
15.9. Regras específicas 103
16. Desestatização e privatização 104

Capítulo IV — Limitações ao Direito de Propriedade 110
1. Introdução 110
2. Modalidades 110
2.1. Limitações administrativas 110
2.2. Ocupação temporária 111
2.3. Tombamento 111
2.4. Requisição administrativa 112
2.5. Servidão administrativa 112
3. Desapropriação 112
3.1. Requisitos constitucionais 114
3.1.1. Necessidade e utilidade pública 115
3.1.2. Interesse social 115
3.1.3. Indenização 115
3.1.4. Pagamento 117

4. Retrocessão 117
5. Tresdestinação 118
6. Anulação 118
7. Súmulas do Supremo Tribunal Federal 118
8. Súmulas do Superior Tribunal de Justiça 119

Capítulo V — Intervenção na Ordem Econômica e Financeira 122
1. Introdução 122
2. Natureza 123
3. Modalidades de intervenção 123
3.1. Monopólio 124
3.2. Repressão ao abuso do poder econômico 124
3.3. Controle do abastecimento 124
3.4. Tabelamento de preços 125

Capítulo VI — Responsabilidade Civil do Estado 127
1. Introdução e conceito 127
2. Teorias 127
2.1. Teorias publicistas 129
2.1.1. Teoria da culpa administrativa (ou culpa no serviço, culpa anônima do serviço) 129
2.1.2. Teoria do risco administrativo 130
2.1.3. Teoria do risco integral 131
3. Responsabilidade estatal no direito brasileiro 131
3.1. Exclusão da responsabilidade 133
4. Responsabilidade por atos legislativos 134
5. Responsabilidade por atos jurisdicionais 135
6. Reparação do dano 136
6.1. Prescrição 136
7. Da ação regressiva 138
8. Responsabilidade por atos ilícitos 139

Capítulo VII — Controle da Administração 142
1. Introdução 142
2. Fundamento 142
3. Classificação (tipos) de controle 143
4. Controle administrativo 145
5. Controle administrativo exercitado de ofício 145
5.1. Fiscalização hierárquica 146
5.2. Supervisão superior 146

5.3. Controle financeiro 146
5.4. Pareceres vinculantes 147
5.5. Ouvidoria 147
5.6. Recursos administrativos hierárquicos ou de ofício 147
6. Controle administrativo exercitado por provocação 148
6.1. Direito de petição 148
6.2. Pedido de reconsideração 149
6.3. Reclamação administrativa 149
6.4. Recurso administrativo 149
7. Prescrição administrativa 151
8. Coisa julgada administrativa 151
9. Prescrição de ações movidas em face do Poder Público 152
10. Controle legislativo 152
10.1. Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) 153
10.2. Pedido de informações 154
10.3. Convocação de autoridades 154
10.4. Fiscalização pelo Tribunal de Contas 155
11. Controle jurisdicional 157
12. Natureza do controle 158
12.1. Controle de constitucionalidade 159
12.2. Atos políticos ou de governo 160
12.3. Atos *interna corporis* 160
12.4. Atos legislativos 161
12.5. Privilégios processuais 161
13. Fazenda Pública em juízo 162
14. Súmulas vinculantes 164
15. Mandado de segurança 167
15.1. Natureza 167
15.2. Objeto 167
15.3. Direito líquido e certo 168
15.4. Impetrante — legitimidade ativa 168
15.5. Impetrado — legitimidade passiva 169
15.6. Atos legislativos e judiciais 170
15.7. Não cabimento 170
15.8. Rito e liminar 171
15.9. Ministério Público 173
15.10. Mandado de segurança coletivo 173
15.10.1. Objeto 173
15.10.2. Legitimidade ativa — impetrante 174
16. Ação popular 175

16.1. Requisitos 175
16.2. Finalidade 175
16.3. Legitimidade ativa — autor 175
16.4. Legitimidade passiva — réu 176
16.5. Ministério Público 176
16.6. Competência 176
16.7. Liminar — rito 176
16.8. Sentença 177
16.9. Execução 177
16.10. Prescrição 177
17. Ação civil pública 178
18. Mandado de injunção 178
19. *Habeas corpus* 181
20. *Habeas data* 182
21. Reclamação 184
22. Súmulas do Supremo Tribunal Federal 184
23. Súmulas do Superior Tribunal de Justiça 187

Capítulo VIII — Ação Civil Pública e Inquérito Civil 189
1. Introdução 189
2. A inadequação do processo civil 190
3. Interesses coletivos em sentido amplo 190
4. Tutela jurisdicional coletiva — princípios 194
4.1. Do acesso à jurisdição coletiva (CF, art. 5º, XXXV) 194
4.2. Da não taxatividade 194
4.3. Princípio da máxima prioridade 195
4.4. Princípio da não exclusividade da legitimidade ativa 196
4.5. Princípio do máximo benefício da tutela coletiva 196
4.6. Princípio da fungibilidade 196
4.7. Da disponibilidade motivada 197
5. Legitimidade ativa 198
5.1. Ministério Público 199
6. A ação civil pública como meio controlador 200
7. Competência 200
8. Liminares e antecipação de tutela 201
9. Recursos 202
9.1. Suspensão imposta pelo Presidente do Tribunal 203
9.2. Requisitos e pressupostos 203
10. Coisa julgada 205
11. Inquérito civil 206

12. Compromisso de ajustamento 210

Capítulo IX — Improbidade Administrativa 214
1. Introdução 214
2. Sujeitos da improbidade 215
3. Modalidades 216
4. Sanções 218
5. Exceções 219
6. Foro competente — regras processuais 221
7. Prescrição 222
8. Declaração de bens 223
9. Improbidade e ação civil pública — normas gerais 223

Apresentação

A expansão natural que o direito administrativo vem recepcionando obrigou o autor e a editora Saraiva a conceberem o presente volume, que analisa institutos de grande relevo e de inegável aplicação contemporânea, como os serviços públicos, o regime das parcerias, a responsabilidade civil do Estado, os instrumentos de controle da Administração e a improbidade administrativa.

A publicação de novo volume dedicado ao direito administrativo, por outro lado, atende a uma justa reivindicação dos leitores — estudantes e estudiosos do direito administrativo —, já que se tornou inadequada a manutenção de todos os institutos em um só volume (19º da coleção).

A receptividade encontrada desde a 1ª edição do volume 19 e as crescentes referências efetuadas ao estudo publicado permitiram que o compromisso estabelecido fosse agora reafirmado, renovando-se o propósito de oferecer o mesmo estudo didático, objetivo e conciso, mas agora um tanto mais aprofundado.

Capítulo I
LICITAÇÃO

1 INTRODUÇÃO

A Administração Pública direta e indireta necessita contratar com terceiros para suprir as suas necessidades ou necessidades da coletividade. Obras, compras ou serviços necessitam ser contratados e o ajuste há de ser precedido de instrumento hábil à garantia da moralidade administrativa, da eficiência, da economicidade, dentre outros fundamentos. Desde sempre se soube que as contratações desejadas pela Administração devem ser presididas por critérios impessoais, que privilegiem aqueles critérios citados e que podem ser capazes de evitar abusos ou ilícitos em detrimento do patrimônio público. A exigência da licitação mantém relação direta com o princípio republicano, com a isonomia entre os administrativos e corresponde a um modo particular de limitação à liberdade do administrador — que não contrata aquele que deseja, mas aquele que figurar como vencedor do certame licitatório.

Por óbvio, haverá sempre situações de impossibilidade legal ou fática de a licitação ser realizada, operando-se as chamadas contratações diretas, mas estas serão sempre ocasionais ou excepcionais no regime da República em que tem suas bases o Estado brasileiro.

Campo propício para abusos de toda ordem (superfaturamentos, subfaturamentos, dispensas indevidas etc.), o tema também está relacionado com os ilícitos capazes de serem perpetrados pelos agentes públicos e por particulares que contratam com a Administração (*v.* Capítulo IX — Improbidade Administrativa).

No Brasil, o Código de Contabilidade da União, de 1922, talvez tenha sido o primeiro conjunto de normas gerais aplicáveis às licitações, sucedido depois pelo Decreto-Lei n. 200, de 1967, e pela Lei n. 6.946, de 1981, e Decreto-Lei n. 2.300, de 1986, revogado pela Lei n.

8.666, de 1993 (atualmente em vigor, porém com sucessivas alterações). Na atualidade, há perspectiva de revogação da lei nacional de licitações e contratos administrativos, supondo-se que em breve novo conjunto de regras seja editado pelo Congresso Nacional, sobretudo para tornar a modalidade pregão aplicável em número maior de situações.

É do comando constitucional disposto no art. 37, XXI, que emerge para todas as pessoas políticas e entidades da Administração o dever de licitar, cabendo à União legislar para fixar normas gerais (CF, art. 22, XXVII).

2 DEVER DE LICITAR

Constitui rotina para a Administração a celebração de contratos objetivando suprir suas necessidades operacionais ou manifestadas pelas chamadas demandas sociais. O crescimento das atividades estatais e as reivindicações do corpo social determinam a imperiosidade de, ante a impossibilidade de execução pela própria Administração e por entidades a ela vinculadas, esta valer-se de terceiros para a consecução de seus fins. Para tanto, contrata pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado.

Dispõe a Constituição Federal, em seu art. 37, XXI, que, "ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações".

Assim, estabelece o texto constitucional o dever de a Administração Pública licitar para tornar viável e legal a contratação. Regulando o dispositivo citado, a Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993 (denominada Estatuto das Licitações para a Administração Federal e Lei de Licitações para o Distrito Federal, Estados e Municípios), prevê a necessidade de ser realizado o procedimento administrativo para as contratações, admitindo, contudo, exceções — denominadas "contratações diretas".

Resumindo, a regra é, pois, a realização de licitação. Excepcionalmente, admite-se a contratação direta (sem licitação).

3 CONCEITO

A licitação corresponde a procedimento administrativo voltado à seleção da proposta mais vantajosa para a contratação desejada pela Administração e necessária ao atendimento do interesse público. Independe a fixação da designação, se processo ou procedimento, porquanto ambos são aceitos e referidos pela doutrina (a CF emprega a expressão "processo de licitação"). Trata-se de *procedimento vinculado*, regido pelo princípio da formalidade e orientado para a eleição da proposta que melhor atender ao interesse público. A Lei de Licitações (n. 8.666/93) caracteriza o procedimento como *ato administrativo formal* (art. 4º, parágrafo único).

4 FINALIDADE

A licitação possui dúplice finalidade:

a) permitir a melhor contratação possível (seleção da proposta mais vantajosa);
b) possibilitar que qualquer interessado possa validamente participar da disputa pelas contratações.

A escolha da melhor proposta (ou mais vantajosa) deve ser feita por meio de critérios objetivos antecipados no instrumento de convocação (julgamento objetivo e vinculação ao edital) e assim será tida se corresponder ao que necessita a Administração (seja o melhor preço possível, a melhor técnica, como dispuser o edital). O propósito de possibilitar a qualquer interessado a participação e eventual contratação, por fim, atende ao princípio de isonomia ou igualdade, franqueando a todos os administrados a possibilidade de participarem das contratações públicas.

5 LEGISLAÇÃO

A edição das "normas gerais" sobre licitações e contratos administrativos é de competência exclusiva da União (CF, art. 22, XXVII),

cumprindo aos Estados-Membros, Distrito Federal e Municípios legislar sobre normas específicas acerca da matéria. "Normas gerais" correspondem às balizas uniformizadoras do procedimento, dos contratos, que fixam as modalidades, as hipóteses de exceção, as disposições contratuais, de interpretação etc. Aos Municípios, Distrito Federal e Estados-Membros cumprirá mero trabalho de adaptação das normas gerais fixadas por lei de iniciativa da União, jamais podendo a lei local confrontar-se com a lei federal.

Não é apropriado denominar a lei federal de estatuto jurídico das licitações em relação aos Estados-Membros, Distrito Federal e Municípios, visto que ela apenas é inteiramente aplicável à União, ou àquelas entidades estatais se inexistente a lei estadual ou municipal.

As normas gerais são aplicáveis para a Administração federal, estadual e municipal, direta e indireta, para as sociedades de economia mista e empresas públicas, ainda que as últimas possam ter regulamento próprio (Lei n. 8.666/93, art. 119). As empresas públicas e as sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica estão sujeitas a um tratamento especial (CF, art. 173, § 1º, III). A lei especial a que faz referência o texto constitucional deverá observar os princípios da Administração Pública (CF, art. 37), como antes estudado.

Pode a Lei n. 8.666/93 ser subsidiariamente aplicável a espécies de contratos regidos por normas próprias, como ocorre presentemente com as concessões e permissões de serviços públicos (Lei n. 8.987/95), com as concessões patrocinadas e administrativas contratadas sob o regime das parcerias público-privadas (Lei n. 11.079/2004) e com os consórcios públicos (Lei n. 11.107/2005).

6 PRINCÍPIOS

A Lei n. 8.666/93 enumera os princípios incidentes no procedimento licitatório: *legalidade, impessoalidade, moralidade, igualdade, publicidade, probidade administrativa, vinculação ao instrumento convocatório* e *julgamento objetivo*, além de outros que lhe são correlatos. A doutrina, sem unanimidade, enumera outros: competitividade, padronização, ampla defesa. Há, porém, aceitação majoritária dos seguintes princípios:

a) *Procedimento formal — formalismo*: impõe a necessária obediência ao rito e às fases estabelecidas pela legislação, constituindo direito pú-

blico subjetivo a sua fiel observância (Lei n. 8.666/93, art. 4º). Assim, o procedimento a ser seguido será sempre previamente conhecido pelos interessados e necessariamente será observado. A formalidade exigida, porém, não se confunde com formalismo inútil, daí não se cogitando a anulação do procedimento por mera imperfeição formal (vige o mesmo princípio aplicável ao direito processual penal — *pas de nullité sans grief*). Chamado também de princípio do formalismo (Hely Lopes Meirelles), mantém direta relação com o princípio da solenidade próprio da atuação administrativa. Há necessariamente forma adequada e, no mais das vezes, imposta por lei para a prática de atos ou a realização de procedimentos. A violação do rito procedimental ou a não observância da forma própria dos atos necessários ao procedimento licitatório pode importar a anulação do certame e do consequente contrato administrativo, responsabilizando-se aquele que deu causa ao vício de legalidade. A obediência ao procedimento formal imposto pela lei constitui direito subjetivo deferido a todos "quantos participem de licitação promovida por órgãos e entidades" públicas (Lei n. 8.666/93, art. 4º). Por isso, o formalismo representado pelo procedimento imposto para as licitações também constitui expressão do *devido processo legal*.

b) *Publicidade*: todos os atos do procedimento deverão ser levados ao conhecimento público e, em especial, a todos os participantes. O princípio incide desde a abertura do certame até a contratação. Não há licitação sigilosa (Lei n. 8.666/93, arts. 3º, § 3º, e 43, § 1º). Apenas o conteúdo das propostas, e até que sejam abertos os respectivos envelopes, é que pode permanecer sigiloso.

O princípio da publicidade, a par de exigir a publicação, ainda que resumida, do instrumento convocatório (Lei n. 8.666/93, art. 21), também se inspira em outras previsões legais:

a) qualquer cidadão é parte legítima para impugnar o edital (Lei n. 8.666/93, art. 41, § 1º);

b) qualquer pessoa, além dos licitantes ou contratados, pode representar ao Tribunal de Contas denunciando irregularidades (Lei n. 8.666/93, art. 113, § 1º);

c) contratações de grande vulto devem ser precedidas de audiência pública (Lei n. 8.666/93, art. 39);

d) mensalmente, todas as compras efetuadas pela Administração devem ser publicadas (Lei n. 8.666/93, art. 16);

e) trimestralmente, deve a Administração publicar os preços constantes do seu registro de preços (Lei n. 8.666/93, art. 15, § 2º).

Todas essas hipóteses, como outras — pedido de certidão, cópias etc. —, integram o rol de consequências da aplicação da publicidade.

c) *Igualdade*: a isonomia entre os licitantes é assegurada pelo não estabelecimento de privilégios ou discriminações. A não observância disso corresponde a desvio de poder, podendo configurar o crime previsto no art. 90 da Lei n. 8.666/93. O princípio não inibe a instituição de requisitos para a participação. Estes são admissíveis quando compatíveis com o objeto a ser contratado. O regime geral de aplicação às licitações veda o estabelecimento de tratamento diferenciado de natureza comercial, legal, trabalhista, previdenciária ou qualquer outra entre empresas brasileiras e estrangeiras (Lei n. 8.666/93, art. 3º, II). No entanto, a regra comporta exceções, admitindo-se critérios de desempate que favorecem bens e serviços:

a) produzidos ou prestados por empresas brasileiras de capital nacional;

b) produzidos no País;

c) produzidos por empresas brasileiras;

d) produzidos ou prestados por empresas que invistam em pesquisa e no desenvolvimento de tecnologia no País.

Admite-se a fixação de "margem de preferência", de até 25% acima do preço ofertado por serviços e produtos manufaturados estrangeiros, para produtos manufaturados e serviços nacionais que atendam as normas técnicas brasileiras, podendo a margem de preferência ser estendida aos bens e serviços originários de Estados incluídos no Mercosul ou com os quais o Brasil tenha subscrito acordos sobre compras governamentais. A hipótese que afirma a preferência nessas condições foi estabelecida a partir da MP n. 495, de 19 de julho de 2010. A Lei n. 8.666/93 passou a prever que produtos manufaturados nacionais são os produzidos no território nacional de acordo

com o processo produtivo básico ou regras de origem estabelecidas pela União, e que serviços nacionais são os prestados no País, sob condições estabelecidas também pelo Executivo Federal.

Também não viola a isonomia entre os licitantes a preferência conferida nas contratações destinadas à implantação, manutenção ou aperfeiçoamento dos sistemas de tecnologia da informação e comunicação, mas desde que considerados estratégicos pelo Executivo Federal. Nesse caso, a licitação pode ficar restrita a bens e serviços com tecnologia desenvolvida no País, entendendo-se por "sistemas de tecnologia de informação e comunicação estratégicos — bens e serviços de tecnologia da informação e comunicação cuja descontinuidade provoque dano significativo à administração pública e que envolvam pelo menos um dos seguintes requisitos relacionados às informações críticas: disponibilidade, confiabilidade, segurança e confidencialidade", conforme passou a prever o art. 6º, XIX, da Lei n. 8.666/93, com redação dada pela MP n. 495, de 19 de julho de 2010.

Há, ainda, por força do que prevê a Lei Complementar n. 123/2006, a possibilidade de tratamento diferenciado para Microempresa (ME) e Empresa de Pequeno Porte (EPP). Ocorrendo empate entre as propostas apresentadas, o critério de desempate favorecerá o licitante constituído sob aquela forma, ainda que a sua proposta seja superior em até 10%. O empate, portanto, não é real, mas ficto ou presumido. Sendo a proposta de preço apresentada pela ME ou EPP até 10% superior a outra de menor valor, a contratação deverá privilegiar aquela, desde que corrigido o valor para aquele que seria vitorioso. Assim, a contratação não será por valor superior ao mais baixo oferecido, mas a EPP ou ME poderá reduzir o valor da sua proposta.

Vejamos:

Licitante A	Proposta de preço: R$ 20.000, 00
Licitante B	Proposta de preço: R$ 19.900, 00
Licitante C (EPP/ME)	Proposta de preço: R$ 19.950, 00

O Licitante C, por ser microempresa ou empresa de pequeno porte, poderá reduzir o valor de sua proposta (igual ou inferior à pro-

posta oferecida pelo Licitante B) e sem que esse favorecimento importe em violação da igualdade. Do sistema legal decorrem outras formas de tratamento privilegiado para as microempresas de pequena porte, como veremos ao longo do presente capítulo.

No entanto, o favorecimento é diverso quando a modalidade licitatória é o pregão (*v.* adiante — item 11.9), pois nessa modalidade o valor não poderá ultrapassar 5% (cinco por cento). Havendo dois ou mais licitantes naquelas condições (ME ou EPP) e ocorrendo o empate, deverá ser realizado o sorteio, identificando-se assim o licitante que poderá vir a reduzir a sua proposta original.

O tratamento diferenciado se justifica pela necessidade de o Estado fomentar a atuação dessas empresas, mas obviamente não justifica eventual contratação a preços superiores aos praticados no mercado.

d) *Sigilo na apresentação das propostas*: o sigilo é obrigatório e o conteúdo das propostas somente pode ser conhecido após a formal abertura dos envelopes. Devassar o conteúdo de proposta apresentada corresponde a crime (Lei n. 8.666/93, art. 94) e à prática de ato de improbidade administrativa (Lei n. 8.429/92, art. 10, VIII). O princípio assegura a *competitividade do certame* (princípio correlato) e a observância da igualdade entre os licitantes. De fato, ponto cardeal da licitação é a não ocorrência de fraude que permita a um licitante conhecer antecipadamente a proposta apresentada por outro concorrente. Por isso, exige-se a apresentação de propostas em envelopes lacrados e somente abertos em sessão pública (Lei n. 8.666/93, art. 43, § 1º). Interessa notar que o tratamento privilegiado que deve ser deferido para as microempresas e empresas de pequeno porte (que podem alterar as suas propostas para reduzir o valor — *v.* antes — letra c) não viola o sigilo, porquanto a modificação somente é operada depois de conhecidas todas as propostas apresentadas.

e) *Julgamento objetivo*: as regras de julgamento devem ser prévias e objetivas, claras e induvidosas. O edital deve estabelecer o tipo de licitação: *de menor preço, de melhor técnica, de técnica e preço* e *de maior lance ou oferta*. Inadmissível a mera referência genérica do julga-

mento a ser feito ou a simples referência a artigo da lei. O edital deve ser claro o suficiente para que se conheça antes o critério de julgamento que será usado. Os critérios de definição da melhor proposta indicam o tipo de licitação (menor preço, melhor técnica etc.) e esses são necessariamente antecipados no instrumento convocatório. A lei pode determinar tipo certo para determinadas contratações (por exemplo, bens e serviços de informática devem ser contratados, em princípio, pelo tipo "técnica e preço") ou determiná-los em razão do objeto a ser contratado. Adiante veremos os tipos de licitação (item 11)

f) *Vinculação ao edital*: o instrumento convocatório (edital ou convite) constitui *a lei interna da licitação* e, por isso, vincula aos seus termos tanto a Administração como os particulares. Eventuais erros ou irregularidades constantes do instrumento convocatório podem ser corrigidos, desde que assegurada a mesma publicidade verificada na publicação inicial. O edital, como sugeriu Hely Lopes Meirelles, a *lei interna* antecipa o objeto a ser contratado, os requisitos para a habilitação dos licitantes, os prazos, o tipo de licitação e a modalidade a ser seguida.

g) *Adjudicação compulsória ao vencedor*: sem constituir direito à contratação, o princípio obriga a Administração, em contratando, vir a fazê-lo com o vencedor do certame. Conhecido o resultado do julgamento e realizada a adjudicação, não poderá a Administração dar início a nova licitação, revogar a anterior ou protelar a contratação, salvo se presente o interesse público (justa causa ou justo motivo). A adjudicação produz, assim, importantes efeitos jurídicos, traduzindo-se em ato declaratório que proclama o vencedor do certame e aquele que deverá vir a ser contratado (adiante — item 12.6 — Adjudicação).

7 OBJETO

Por objeto da licitação compreende-se o objeto do futuro contratado, ou seja, o que pretende a Administração Pública contratar. Podem ser: *obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, locações, concessões* e *permissões* (Lei n. 8.666/93, art. 1º).

A indicação e a definição precisa do objeto constituem *pressuposto de validade ou condição de legitimidade* da licitação. Em regra, não se admite a divisão ou fracionamento do objeto, sendo ele uno e indivisível. Há situações, porém, em que a divisão é tecnicamente sustentável ou há carência de recursos, admitindo-se o fracionamento, que sempre deverá ser justificado pela autoridade administrativa para o processo licitatório.

Em qualquer caso, porém, não é admissível a divisão do objeto como meio de permitir a realização de licitação em modalidade diversa daquela que seria obrigatória se o todo fosse licitado ou para justificar eventual dispensa em razão do valor. Eventual fracionamento não pode determinar a modificação da modalidade obrigatória caso ocorresse uma só contratação. Assim, na execução de obras, serviços e compras divididas em parcelas, tantas quantas forem comprovadamente necessárias, deve ser preservada a modalidade pertinente para a execução do objeto em licitação (Lei n. 8.666/93, art. 23, §§ 1º e 2º).

As compras, quando possível, devem ser contratadas pelo sistema de *registro de preços* (Lei n. 8.666/93, art. 15, II), realizado por concorrência, abrigando os preços de bens e de serviços e devendo ser observado nas contratações futuras.

O registro é válido por prazo não superior a um ano, obrigando-se os participantes à manutenção do preço pelo prazo indicado.

8 DESTINATÁRIOS

As pessoas políticas, por seus Poderes e órgãos públicos, e todas as entidades da Administração indireta e qualquer outra controlada direta ou indiretamente pelo Estado têm o dever de licitar. O dever de licitar é aplicável, consoante o art. 1º da Lei n. 8.666/93, a todas as pessoas jurídicas que, a qualquer título, manejem recursos públicos. Assim devem observar aquelas regras:

a) a União; os Estados-Membros; o Distrito Federal; os Municípios;

b) as entidades da Administração indireta (autarquias, fundações, agências, empresas públicas e sociedades de economia mista prestadoras de serviços públicos; os consórcios;

c) os fundos especiais (criados por lei para um fim determinado e que não têm personalidade jurídica e, por vezes, são personificados em autarquias ou fundações);

d) as organizações sociais e as organizações da sociedade civil de interesse público (OS e OSCIPs);

e) as paraestatais ou entes de cooperação, desde que vocacionados à prestação de serviços de natureza social (como os serviços sociais autônomos) ou atuantes sob a forma de autarquias (como os conselhos de profissões).

As empresas públicas e as sociedades de economia mista exploradoras de atividades econômicas também têm o dever de licitar, mas ficam submetidas a um regime jurídico próprio (CF, art. 173, § 1º, III).

9 PRESSUPOSTOS

O dever de licitar cede lugar às hipóteses de exceção — as contratações diretas — sempre que o procedimento competitivo se mostrar inadequado ou impossível. Podem ser reconhecidos três pressupostos próprios para a realização da licitação: *pressuposto jurídico* — a licitação deve ser o meio adequado à satisfação do interesse público; *pressuposto lógico* — deve existir pluralidade de possíveis contratados e o objeto comportar a prestação por mais de um possível interessado; *pressuposto fático* — para a licitação devem comparecer interessados em condições de serem contratados.

A falta dos pressupostos lógico e fático pode inviabilizar a licitação e permitir a contratação direta. Sendo o objeto único, prestado por um só fornecedor, faltará o pressuposto lógico (apenas um poderá vir a ser contratado), ou, não comparecendo qualquer interessado, faltará o pressuposto fático, permitindo-se eventualmente a contratação direta.

10 CONTRATAÇÕES DIRETAS: LICITAÇÃO DISPENSADA, DISPENSÁVEL E INEXIGÍVEL

A contratação deve ser precedida de licitação, mas podem surgir razões legais, técnicas, de cunho econômico ou meramente circuns-

tanciais que justifiquem a contratação direta. Há hipóteses cuja dispensa da licitação decorre da lei; outras que podem decorrer de circunstâncias relacionadas ao objeto, ao valor, ao contratante, como há outras relacionadas à impossibilidade jurídica do certame. São as hipóteses de licitação dispensada, dispensável e inexigível. Devem ser motivadas, justificadas, objeto de ratificação e publicação na imprensa oficial.

10.1. LICITAÇÃO DISPENSADA

Licitação dispensada: a lei enumera as hipóteses em que a Administração não está obrigada a proceder à licitação, contratando diretamente (Lei n. 8.666/93, art. 17, I e II). Tais contratações têm por objeto, em regra, as *alienações* de bens públicos e, por isso, subordinadas sempre ao interesse público, ao interesse social e a avaliações prévias. Nas alienações de bens imóveis exige-se, ainda, a autorização legislativa e a incidência das hipóteses taxativamente arroladas na Lei n. 8.666/93 (art. 17, I e II) e a incidência das hipóteses do art. 17 para que a licitação possa ser dispensada.

Assim, a alienação de bens pertencentes à Administração está sempre condicionada à existência de interesse público. A alienação de bens imóveis depende de autorização legislativa, de avaliação prévia e licitação (concorrência, em regra), excetuadas aquelas hipóteses legais. Entidades da Administração indireta (fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista) podem proceder à alienação independentemente de autorização legislativa, mas observada a avaliação prévia e o certame licitatório. Bens imóveis adquiridos a partir de procedimento judicial ou dação em pagamento podem ser alienados sem prévia autorização legal e por concorrência ou leilão.

A licitação será dispensada nas hipóteses indicadas pela Lei n. 8.666/93 — ex.: dação em pagamento, doação, permuta, investidura, legitimação de posse, concessão de direito real de uso, locação ou permissão de uso de bens imóveis inseridos em programas habitacionais etc.

A alienação de bens móveis está condicionada à avaliação prévia e licitação, que poderá, segundo o valor, ser o leilão. As hipóteses estão previstas no mesmo texto legal (modificado pela Lei n. 11.481/2007) e na Lei n. 11.107/2005 (consórcios públicos). A Lei n. 11.952/2009, aplicável apenas para a União (administração direta e indireta), auto-

riza a alienação de bens residenciais "situados na Amazônia Legal aos respectivos ocupantes que possam comprovar o período de ocupação efetiva e regular por período igual ou superior a 5 (cinco) anos, excluídos: I — os imóveis residenciais administrados pelas Forças Armadas, destinados à ocupação por militares; II — os imóveis considerados indispensáveis ao serviço público" (art. 38). Trata-se de mais um instituto destinado à regularização fundiária, mas restrito a bens imóveis pertencentes à União e suas entidades.

Interessa notar que as hipóteses (para bens móveis e imóveis) estão previstas *taxativamente,* seja na Lei n. 8.666/93 ou em outra disposição legal, e incluem não apenas contratações realizadas entre entidades da própria Administração, como também contratações realizadas com particulares para fins de interesse social (regularização fundiária, concessão de uso para fins de moradia, programas habitacionais — art. 17 da Lei n. 8.666/93, com a redação dada pela Lei n. 11.481, de 31-5-2007). Parte do dispositivo citado, porém, teve sua eficácia suspensa por decisão liminar do Supremo Tribunal Federal (art. 17, I, *b* e *c*, além do § 1º — ADIn 927-3/RS). Assim, a norma que limitava as doações para órgãos ou entidades da própria Administração, de qualquer esfera do Governo, bem como a permuta de imóvel nas mesmas condições e a possibilidade de reversão de bem objeto de doação, deixou de ser aplicada para os Estados, Distrito Federal, Municípios e suas entidades da Administração indireta, seguindo aplicável apenas para a União e suas entidades.

Em síntese:

Alienação de bens imóveis deve depender de:

a) interesse público justificado;

b) autorização legislativa (salvo se o bem tiver sido adquirido por intermédio de dação em pagamento ou processo judicial);

c) avaliação prévia;

d) licitação (concorrência, em regra).

A licitação será dispensada nos casos de:

a) dação em pagamento;

b) doação, permitida entre órgãos ou entidades da própria administração ou se o bem estiver relacionado a programas habitacionais ou de regularização fundiária;

c) permuta, por outro imóvel destinado ao atendimento das finalidades da Administração (desde que evidenciada a necessidade de localização e instalações);

d) investidura (alienação aos proprietários de imóveis lindeiros de área remanescente ou resultante de obra, desde que a área excedente seja inaproveitável isoladamente, assim como a alienação de imóveis com destinação residencial construídos em núcleos urbanos anexos a usinas hidrelétricas, mas desde que considerados dispensáveis ou que não venham a integrar o domínio público ao final da concessão — reversão);

e) venda a outro órgão ou entidade da Administração Pública;

f) alienação gratuita ou onerosa, aforamento, concessão de direito real de uso; locação ou permissão de uso de bens imóveis residenciais construídos, destinados ou utilizados no âmbito de programas (conjuntos) habitacionais ou de programas de regularização fundiária (realizados por órgãos ou entidades públicas);

g) legitimação de posse (Lei n. 6.383/76);

h) alienação gratuita ou onerosa, aforamento, concessão de direito real de uso, locação ou permissão de uso de bens imóveis de uso comercial de âmbito local com área de até 250 metros quadrados e inseridos em programas sociais (habitacionais ou de regularização fundiária).

Alienação de bens móveis deve depender de:

a) interesse público justificado;

b) avaliação prévia;

c) licitação (cuja modalidade poderá ser o leilão).

A licitação será dispensada nos casos de:

a) doação, permitida para fins sociais;

b) permuta, entre órgãos ou entidades da Administração Pública;

c) venda de ações, que pode ser negociada em bolsa;

d) venda de títulos;

e) venda de produtos ou bens produzidos pela entidade;

f) venda de materiais ou bens inservíveis para a entidade.

10.2. LICITAÇÃO DISPENSÁVEL

Licitação dispensável: a lei enumera taxativamente as suas hipóteses (Lei n. 8.666/93, art. 24 e incisos). Por se tratar de norma geral, a lei local (estadual ou municipal) não poderá acrescentar qualquer outra hipótese. Todas decorrem de situação de fato imaginada pelo legislador como passível de justificar a contratação direta. Nada impede, porém, que o administrador opte por realizar a licitação, ainda que aparentemente incidente uma das hipóteses de dispensa. Ele não está obrigado a dispensá-la. Dentre as hipóteses, destacam-se as tradicionais: contratações de pequeno valor; por emergência ou calamidade; fracassada ou deserta. Com indesejável frequência há acréscimo de hipóteses de dispensa, quase sempre por medidas provisórias, o que inviabiliza o comentário pormenorizado de cada uma delas. Desde a edição da Lei n. 8.666/93 foram acrescidas mais de três dezenas de hipóteses de dispensa, como as advindas da Lei n. 11.783/2008 e da MP n. 495, de 19 de julho de 2010. Na atualidade, a lei prevê 31 hipóteses capazes de autorizar a dispensa de licitação.

Em síntese, as hipóteses de dispensa usualmente são determinadas:

a) em razão do valor (pequeno valor);

b) em razão de situações excepcionais (calamidade; desinteresse de licitantes etc.);

c) em razão do objeto (compra ou locação de bens imóveis, hortifrutigranjeiros, pães, gêneros alimentícios etc.);

d) em razão da pessoa (consórcios públicos, organizações sociais etc.).

Vejamos algumas das hipóteses e, ao final do capítulo, a indicação de todas as situações previstas na lei:

Licitação dispensada em razão do valor:

Contratações de baixo valor não devem ensejar a realização de procedimento licitatório, pena de o custo operacional corresponder a quantia superior à do futuro contrato. *Obras e serviços de engenharia de valor até R$ 15.000,00; outros serviços e compras de valor não superior a R$ 8.000,00* dispensam a licitação. A regra a ser seguida é a seguinte: estão dispensadas as licitações se o valor do objeto (compras, obras e serviços) não for superior a 10% do limite previsto para os convites, *sendo de 20% se se tratar de contratação promovida por consórcio público, sociedade de economia mista ou empresa pública, autarquia ou fundação qualifi-*

cadas como agências executivas (Lei n. 8.666/93, arts. 23, I e II, e 24, parágrafo único). Assim, para essas entidades aqueles valores podem corresponder ao dobro (R$ 30.000,00 ou R$ 16.000,00).

Licitação dispensada em razão de situações excepcionais:

a) *nos casos de guerra ou grave perturbação da ordem:*

A guerra (o estado de beligerância depende de declaração por ato do Presidente da República — CF, art. 84, XIX) e a grave perturbação da ordem decorrem da ação humana e devem atingir serviços essenciais para que venham a justificar a direta contratação (greve, motim, revolução, golpe de Estado);

b) *nos casos de emergência ou de calamidade pública:*

Situações emergenciais são caracterizadas sempre que delas puderem decorrer prejuízos ou o comprometimento da segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos ou outros bens públicos ou privados. A contratação direta, porém, deverá limitar-se ao atendimento daquelas situações e que possam ser concluídas no prazo de cento e oitenta dias, contados de forma contínua e a partir da situação emergencial. Emergência não se confunde com mera urgência; é evento inesperado e imprevisível, decorrente da ação da natureza (inundação, seca, epidemia), que permite a contratação por prazo não superior a cento e oitenta dias, trato temporal suficiente para o atendimento daquela situação emergencial ou calamitosa. A emergência ficta ou decorrente da omissão ou incúria do agente público deve levar este à responsabilização administrativa, criminal e civil, porque frustradora do dever de licitar (por exemplo, se a Administração, sabendo ser necessária a compra de medicamentos, deixa de fazê-la criando a situação emergencial).

c) *licitação deserta ou fracassada:*

A licitação pode não despertar interesse de terceiros ou os que se interessarem não reunirem condições para a participação. Ou seja, porque nenhum interesse desperta (não surgem interessados), ou porque os participantes não obtêm a habilitação ou são desclassificados. A primeira hipótese é de licitação deserta; a segunda, fracassada. A contratação direta, nesses casos, deverá seguir o que previa o edital da licitação anterior. Há duas soluções. A contratação direta em razão do desinteresse (deserta) somente ocorrerá se o procedimento não puder

ser repetido sem prejuízo para a Administração e desde que mantidas as condições estabelecidas inicialmente (se há modificação do valor, do objeto ou dos prazos, nova licitação deverá ser realizada). Em se tratando de interessados inabilitados (fracassada), a Comissão de licitação deverá antes conceder aos licitantes (a todos) a possibilidade de corrigirem a documentação ou apresentarem novas propostas, afastando a causa determinante da inabilitação ou desclassificação (Lei n. 8.666/93, art. 48, § 3º). A licitação fracassada, assim, tanto pode ocorrer em razão da não habilitação (os interessados não obtêm habilitação) ou em razão da desclassificação (as propostas não foram classificadas). A concessão de prazo (8 dias úteis ou, no caso de convite, 3 dias úteis) somente é possível se *todos estiverem naquelas condições* (havendo um habilitado ou uma proposta classificada, a licitação não será deserta ou fracassada). Não podendo ser repetida a licitação sem prejuízo para a Administração, ter-se-á a possibilidade de, mantidas as condições antes propostas, ocorrer a contratação direta sob esse fundamento.

d) *intervenção no domínio econômico:*

Apenas a União poderá contratar nesses moldes e com o propósito de atender a uma necessidade pública ou social, para normalizar preços ou regularizar o abastecimento de produtos. Qualquer forma, porém, de intervenção no domínio econômico será excepcional e, na hipótese, o propósito tanto poderá ser o de reprimir o abuso do poder econômico ou permitir o acesso a bens ou produtos colocados no mercado pelo setor privado (acerca do tema, adiante Capítulo V).

e) *propostas inadequadas ou com preços superfaturados:*

Se todos os licitantes apresentarem propostas com preços superiores aos do mercado, ou forem incompatíveis com normas técnicas, admitindo-se a adjudicação direta pelos preços constantes do registro de preços. Contratações realizadas com preços superfaturados serão necessariamente nulas e os responsáveis deverão ser obrigados à reparação dos prejuízos causados, sendo responsabilizados por improbidade administrativa (Lei n. 8.429/92), além da responsabilização criminal. A contratação poderá, ainda, ser objeto de ação popular.

f) *risco de comprometimento da segurança nacional:*

Diferentemente das hipóteses de guerra, perturbação da ordem ou mesmo de calamidade pública, a contratação com esse fundamen-

to somente poderá ser realizada pela União e nos casos estabelecidos em decreto do Presidente da República, depois de ouvido o Conselho de Defesa Nacional.

Licitação dispensável em razão do objeto:

Em razão do objeto a ser contratado, a licitação poderá deixar de ser realizada (a Administração não está obrigada a dispensá-la):

a) *nos casos de compras de gêneros alimentícios:*

A contratação direta poderá ser realizada pelo período necessário para a licitação e observando-se o preço praticado na mesma data (preço do dia).

b) *compra ou locação de imóvel:*

Desde que o imóvel seja o único necessário para atender a Administração, identificando-se a necessidade a partir da localização e das instalações, observando-se, evidentemente, o preço de mercado. A hipótese sempre reclama grande cuidado e verificação. Não raro a suposta necessidade da Administração atende mais ao interesse do proprietário privado, criando-se falso argumento da indispensabilidade de um dado bem ao serviço público.

c) *aquisição ou restauração de obras de arte e objetos históricos:*

Desde que a obra tenha sido certificada pela autoridade competente e que a contratação atenda às finalidades do órgão ou entidade contratante. Não se trata, evidentemente, da possibilidade de livre compra de bens de valor artístico por qualquer entidade, mas da contratação de bem que diz respeito às finalidades da entidade contratante.

d) *aquisição de componentes ou peças no período de garantia:*

A Administração Pública necessita adquirir peças próprias dos equipamentos de que se utiliza, em reposição ou adaptação. Nessas hipóteses, a reposição de produtos não originais ou fornecidos pelo fabricante pode colocar em risco a garantia contratual ou legal e, por isso, desde que sejam indispensáveis e observado o preço de mercado, a contratação poderá dispensar a licitação (a hipótese melhor estaria contemplada no rol de situações que tornam a licitação inexigível).

e) *compras ou serviços necessários às Forças Armadas:*

Em períodos de curta duração, em razão de deslocamentos e em portos, aeroportos ou locais físicos, as unidades das Forças Armadas

podem contratar a prestação de serviços ou compras de bens, sob pena de comprometimento da normalidade ou dos propósitos das operações militares. Nessa hipótese o valor não poderá ser superior a R$ 80.000,00.

f) *compra de materiais de uso das Forças Armadas:*

As atividades das Forças Armadas exigem o emprego de materiais próprios, destinados ao apoio logístico dos meios navais, aéreos ou terrestres. Desde que não se refira a materiais de uso administrativo (móveis de escritório) ou de uso pessoal (alimentos, uniformes etc.), poderá a comissão própria indicar a necessidade da contratação direta. A hipótese somente é possível nas contratações realizadas pela União e para atender às Forças Armadas, e não às corporações policiais ou militares.

g) *bens destinados à pesquisa científica:*

O Estado tem o dever de fomentar a realização de pesquisas científicas e há instituições públicas vocacionadas a esse fim — CAPES, FINEP, CNPq, dentre outras. Sendo o bem indispensável à realização das pesquisas e desde que concorra financiamento público (por aquelas instituições ou por instituição credenciada pelo CNPq), dispensa-se a licitação.

As contratações realizadas para o fomento da pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo, dispostas na Lei n. 10.973/2004, passaram a ser dispensáveis de licitação, conforme previsão da Lei n. 8.666/93 (art. 24, XXXI, com redação dada pela MP n. 495, de 19 de julho de 2010). Assim, a União, os Estados-Membros, o Distrito Federal, os Municípios e suas agências de fomento podem realizá-las com dispensa de licitação, desde que assegurado o objetivo de estimular e apoiar a constituição de alianças estratégicas e o desenvolvimento de projetos de cooperação voltados para atividades de pesquisa e desenvolvimento.

Licitação dispensada em razão da pessoa:

O propósito deve ser o de apoiar, incentivar ou estimular as atividades comerciais desempenhadas por pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos e destinadas ao exercício de atividades sociais, como as associações, as fundações de direito privado. Por isso, a lei contempla hipóteses de contratação de *cooperativas ou associações formadas por pessoas de baixa renda, como catadores de papel, ou por associa-*

ções de portadores de deficiência, dentre outras. Vejamos algumas dentre as contempladas na Lei n. 8.666/93:

a) *aquisição de bens produzidos por órgão ou entidade da própria Administração:*

Há a possibilidade de pessoas jurídicas de direito público contratarem diretamente a aquisição de bens produzidos por entidades da própria Administração, mas desde que constituídas para esse fim, observando-se o preço de mercado. Há, porém, requisitos objetivos: **a)** a entidade deve ter sido criada para esse fim; **b)** a contratante deve possuir personalidade jurídica de direito público (as pessoas políticas, as autarquias, as fundações de direito público, as agências reguladoras); **c)** a entidade contratada deve ter sido constituída *antes* da vigência da Lei de Licitações (Lei n. 8.666/93); d) a contratante e a contratada devem integrar a mesma Administração Pública (o mesmo nível de governo).

b) *contratação de fornecimento de energia elétrica e gás natural por concessionário, permissionário ou autorizado:*

A contratação dá-se em razão da pessoa porque a lei somente a contempla em favor do *concessionário, permissionário ou autorizado* daqueles serviços (fornecimento de energia ou de gás natural).

c) *contratações com associações de portadores de deficiência:*

Desde que comprovada a idoneidade da entidade associativa, constituída sem propósito lucrativo e desde que o contrato se refira ao *fornecimento de mão de obra*, poderá ser dispensável a licitação. A hipótese não autoriza, evidentemente, a fraude ao concurso público e, por isso, somente será viável excepcionalmente e como modo de fomento à atuação dessas entidades. A contratação de mão de obra não pode significar modo indireto de acesso a cargos, empregos ou funções públicas.

d) *contratações com organizações sociais:*

A hipótese admite, como pensamos, as contratações que sejam decorrentes do contrato de gestão ou por atividades contempladas no contrato de gestão. Como vimos no volume 19, as organizações sociais são associações ou fundações que tenham sido qualificadas pelo Poder Público e, por isso, celebram contrato de gestão com a Administração. Do contrato decorre a possibilidade de receberem recursos orçamentários, servidores, bens e equipamentos públicos, assumindo a gestão de um dado serviço público. As atividades concernentes ao

contrato de gestão, quando necessárias à Administração, é que permitirão a contratação direta. Com isso, a hipótese não dispensa a licitação para a celebração do contrato de gestão, mas de outras contratações que dele poderão decorrer.

e) *contratações de associações ou cooperativas — coleta, processamento e comercialização de resíduos sólidos urbanos:*

Nos grandes centros urbanos, há associações e cooperativas formadas pela população de baixa renda e dedicadas à coleta de resíduos sólidos urbanos (catadores de papel, de materiais recicláveis). Essas entidades privadas poderão ser contratadas diretamente para aqueles fins (coleta, processamento e comercialização), desde que respeitadas as exigências ambientais, sanitárias e técnicas.

f) *contratação de instituição ou organização, pública ou privada, com ou sem fins lucrativos, para a prestação de serviços de assistência técnica e extensão rural no âmbito do Programa Nacional de Assistência Técnica e Extensão Rural na Agricultura Familiar e na Reforma Agrária, instituído por lei federal*:

A hipótese foi incluída pela Lei n. 12.188, de 2010, e intenta fomentar a atuação das entidades cujo objeto social seja a prestação de serviços nos moldes instituídos por lei federal e vinculados à assistência na agricultura familiar e a reforma agrária.

A lei passou a prever, ainda, a contratação direta com ente da Federação ou com entidade de sua administração indireta, para a prestação de serviços públicos de forma associada nos termos do autorizado em contrato de consórcio público ou convênio de cooperação (Lei n. 8.666/93, art. 24, XXVI). A Lei n. 11.783/2008 acrescentou a possibilidade de contratação direta para atender contingentes militares empregados em operações de paz no exterior (Forças Singulares).

Repita-se, a lei enumera *taxativamente* as hipóteses de dispensa (art. 24 e incisos) e a sua leitura será sempre indispensável.

10.3. LICITAÇÃO INEXIGÍVEL

Contratação direta por inexigibilidade. Há situações em que a contratação precedida de licitação é inviável porque inviável se mostra a competição. Sempre que impossível a realização de disputa de propostas, caracterizada estará a hipótese de inexigibilidade de licitação. As-

sim, a lei apresenta três hipóteses exemplificativas de contratação direta por inexigibilidade (Lei n. 8.666/93, art. 25 e incisos). A exemplo das demais hipóteses de contratação direta, estas também não admitem a supressão por lei estadual ou municipal.

Será inexigível a licitação sempre que inviável for a competição, como ocorre nos casos de:

a) *fornecedor único:*

Nas compras de materiais, equipamentos ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, vedada a preferência de marca. A exclusividade depende da comprovação fornecida por órgão de registro do comércio (Junta Comercial), sindicato, federação ou confederação patronal ou equivalente, sendo relativa a todo o território nacional (na hipótese de concorrência), ou apenas se à praça ou localidade da contratação (convite), ou ainda ao local do registro cadastral (tomada de preços).

Em síntese:

- ✓ o material, equipamento ou gênero deve ser indispensável;
- ✓ o fornecedor é único;
- ✓ a exclusividade é atestada por órgão público ou entidade da categoria profissional;
- ✓ a exclusividade não será absoluta — pode ser limitada ao local (praça da contratação) ou a todo o território nacional;
- ✓ a exclusividade não pode decorrer da preferência de marca;
- ✓ o preço não poderá superar o praticado no mercado.

b) *notória especialização e serviços de natureza singular:*

Nas contratações de serviços técnicos enumerados pela lei (Lei n. 8.666/93, art. 13), de natureza singular, com profissionais de notória especialização, desde que não se refiram a serviços de publicidade.

Apenas as contratações de *serviços* podem encaixar-se nessa hipótese excepcional de contratação direta, porém eles haverão de ser *técnicos e especializados*, gravados de complexidade, essencialidade, relevância e indispensabilidade. A notória especialização é conhecida a partir de critérios objetivos fixados pelo legislador: aparato técnico, técnica conhecida e empregada com sucesso em outras contratações (desempenho anterior), estudos, experiência etc. Assim, não é todo e qualquer serviço que admite a contratação nesses moldes; apenas os

técnicos especializados, e desde que indispensável o concurso da natureza singular da atividade a ser desempenhada e da notória especialização de seu prestador.

Em síntese:

- ✓ apenas serviços podem ser contratados com esse fundamento;
- ✓ a hipótese não se aplica aos serviços de publicidade;
- ✓ os serviços devem ser técnicos especializados (art. 13);
- ✓ os serviços devem ser de natureza singular;
- ✓ a natureza singular exige o emprego de técnica incomum;
- ✓ o profissional (contratado) deve reunir notória especialização;
- ✓ a notória especialização é apurada por critérios objetivos;
- ✓ os serviços devem ser essenciais e indiscutivelmente os únicos à plena satisfação do objeto do contrato.

Singularidade: diz respeito ao serviço (a atividade a ser desenvolvida);

Notória especialização: diz respeito ao contratado;

Indispensabilidade: diz respeito ao objeto do contrato.

c) *profissionais do setor artístico:*

Nas contratações de profissionais do setor artístico, diretamente ou por empresário exclusivo, desde que o profissional detenha aceitação pela crítica e pela opinião pública. A aceitação não necessita ser em todo o território nacional, mas na praça em que se dará a contratação.

11 MODALIDADES DE LICITAÇÃO

Concorrência, tomada de preços, convite, concurso, leilão e pregão, essas as modalidades previstas na Lei n. 8.666/93. A Lei n. 10.520, de 17 de julho de 2002, incluiu a modalidade denominada "pregão" para a aquisição de bens e de serviços comuns no âmbito de todos os entes federados (até a edição da lei, apenas para a União; a modalidade havia sido instituída pela MP n. 2.182). Por fim, admite-se modalidade diferenciada para as contratações realizadas por agências reguladoras: *consulta*.

Modalidade não se confunde com *tipo de licitação* (critério de julgamento das propostas). A modalidade indica o procedimento a ser

seguido pela Administração Pública e pode ser obrigatória em razão da natureza ou do valor do contrato a ser firmado.

Concorrência, em síntese, é modalidade mais ampla, caracterizada por maior formalismo e publicidade. Tomada de preços, modalidade intermediária, dela podendo participar qualquer pessoa ou aqueles que estejam já cadastrados na Administração contratante. Convite, modalidade menos formal e direcionada para contratações de menor vulto, também admite a participação de qualquer interessado, mas pressupõe que seja realizada a partir de convocação (convite) direcionada a fornecedores selecionados pela própria Administração. O leilão tem a sua aplicabilidade determinada em razão da natureza do objeto (nas hipóteses de alienação de bens ou de concessão regulada a partir do Plano Nacional de Desestatização). Já o pregão, que tende a substituir as demais modalidades, é empregado na atualidade e permite a negociação entre os participantes. A consulta, aplicável no âmbito da Administração Federal e exclusivamente para as agências reguladoras, não guarda relação com as demais modalidades e, como pensamos, não se compatibiliza com as normas gerais previstas na Lei n. 8.666/93.

11.1. DEFINIÇÃO DA MODALIDADE OBRIGATÓRIA

A modalidade a ser observada é determinada *em razão do valor da contratação* ou do *objeto a ser contratado*. Em regra, contratações de maior vulto ou valor devem ser licitadas segundo a modalidade concorrência; a tomada de preços é reservada para contratações de valor intermediário, deixando-se o convite para as de menor valor, enquanto o leilão e o concurso ficam ajustados para objetos específicos. O pregão é modalidade que pode ser adotada apenas para a aquisição de bens e serviços comuns.

11.2. CONCORRÊNCIA

Modalidade obrigatória para:

a) obra, serviço e compra de maior valor, segundo limites fixados por lei federal;

b) obra e serviço de engenharia de maior valor, também segundo limites fixados por lei federal;

c) compra e alienação de bens imóveis, independentemente do valor;
d) concessão de direito real de uso;
e) licitações internacionais, admitindo-se, nesse caso, também a tomada de preços e o convite;
f) alienação de bens móveis de maior valor;
g) registro de preços.

11.3. CONCORRÊNCIA INTERNACIONAL

A Lei de Licitações não admite tratamento diferenciado de qualquer natureza entre empresas nacionais e estrangeiras, ainda que estabeleça, como vimos, critérios de desempate em favor de, por exemplo, microempresas e empresas de pequeno porte. Assim, podem as estrangeiras participar do certame licitatório, desde que observadas regras peculiares. Exige-se respeito ao princípio da isonomia, devendo todas as propostas consignar preços na mesma moeda; que das propostas conste o gravame tributário a ser acrescido sempre que a carga tributária às empresas nacionais seja superior; que haja observância às diretrizes do Banco Central do Brasil e do Ministério da Fazenda e, sempre que o objeto do contrato incidir sobre operações externas de interesse da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Territórios e dos Municípios, que *conte com autorização do Senado, ouvido o Presidente da República* (CF, art. 52, V).

Seja ou não internacional, a concorrência deverá observar os mesmos requisitos.

11.4. CARACTERÍSTICAS OU REQUISITOS DA CONCORRÊNCIA

Os requisitos da concorrência, também nominados "características básicas", são: a *universalidade,* a *ampla publicidade,* a *habilitação preliminar* e o *julgamento por comissão*.

A *universalidade* é decorrente da amplitude de participantes potenciais no certame licitatório. Por esse requisito admite-se a qualquer interessado a sua participação, ainda que não esteja antes cadastrado, diferentemente do que ocorre na tomada de preços e no convite. Está relacionado, de forma direta, ao princípio da impessoalidade (CF, art. 37, *caput*).

A *ampla publicidade* constitui requisito indispensável à validade do certame e meio garantidor do respeito à universalidade, porquanto dele decorre a necessidade de completa divulgação do ato convocatório (edital). É a reafirmação do princípio da publicidade (CF, art. 37, *caput*).

A *habilitação preliminar* é realizada na fase inicial do procedimento, e por ela a Administração verificará se o concorrente detém condições para participar. A habilitação somente produz efeitos no procedimento licitatório em curso, não obrigando em relação a outras licitações.

O *julgamento da concorrência* deve ser realizado por comissão composta de, no mínimo, três membros, podendo apenas dois ser servidores e o terceiro convidado. A comissão pode ser permanente ou especial, formada ou composta para um procedimento determinado. Seus membros respondem solidariamente pelos atos praticados, devendo as posições discordantes ser consignadas em ata. A capacidade jurídica, a regularidade fiscal, a qualificação técnica e a idoneidade econômico-financeira são analisadas e julgadas pela comissão.

11.5. TOMADA DE PREÇOS

É a modalidade de licitação indicada para contratos de médio vulto que admite a participação de interessados previamente cadastrados, ou que apresentem os documentos exigidos para a inscrição até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas. A inscrição no cadastro corresponde ao assentamento que defere a qualificação de interessados em contratar segundo sua área de atuação, substituindo a apresentação de parte da documentação. Aqueles que não detêm o registro cadastral e que pretendam participar deverão atender aos mesmos requisitos exigidos para os previamente cadastrados.

11.6. CONVITE

A modalidade mais simples é denominada "convite", destinando-se às contratações de menor valor. Três interessados, registrados ou não na repartição licitante, pelo convite (que substitui o edital) são chamados a apresentar suas propostas no prazo de cinco dias úteis. A

divulgação é relativa, porquanto se exige apenas a afixação no "local apropriado" (na própria repartição, quadro de avisos). Qualquer interessado poderá participar, desde que vinte e quatro horas antes da data final (apresentação das propostas) manifeste seu interesse. Se o procedimento se repetir para o mesmo objeto ou assemelhado, a licitante deverá convidar, no mínimo, mais um cadastrado e não convidado nos anteriores. O número de três convidados é mínimo, podendo optar-se por convidar número superior de cadastrados. O julgamento tanto poderá ser realizado por comissão como por servidor único. A ordem de serviço ou a nota de empenho podem substituir o instrumento do contrato, dando início à execução do que foi pactuado.

11.7. CONCURSO

Concurso é modalidade reservada para a escolha de trabalhos intelectuais (técnicos, científicos ou artísticos), mediante a instituição de prêmio ou remuneração aos vencedores. O edital deve ser publicado com antecedência mínima de quarenta e cinco dias, com a maior divulgação possível. Os interessados apresentam seus trabalhos, segundo as exigências fixadas no instrumento convocatório, que serão selecionados e submetidos a julgamento. O prazo de quarenta e cinco dias é mínimo, podendo ser ampliado segundo as características do trabalho a ser apresentado.

11.8. LEILÃO

Dois tipos de leilão são encontradiços na legislação. O leilão a que se refere a Lei de Licitações e o tratado no Plano Nacional de Desestatização.

O leilão, segundo a Lei n. 8.666/93, é a modalidade obrigatória para:

a) venda de bens móveis inservíveis para a Administração;
b) venda de produtos legalmente apreendidos ou penhorados;
c) venda de bens imóveis cuja aquisição tenha derivado de procedimentos judiciais ou de dação em pagamento (admitindo-se também a concorrência).

Essa modalidade pode ser comum, realizada por leiloeiro oficial e regida por lei própria (Decs. n. 21.981/32 e 22.427/33), observadas

as peculiaridades da Administração licitante; é o leilão administrativo próprio para as alienações descritas na letra *b* (comumente para objetos apreendidos em rodoviárias, aeroportos, postos de fronteira etc.). Qualquer que seja o tipo, exige prévia avaliação do bem posto à venda e ampla publicidade.

É admitido também para a alienação de ações, dissolução de sociedades com alienação de seus ativos, locação, comodato, concessões, permissões ou autorizações de serviços públicos, para cumprimento do Plano Nacional de Desestatização. Nas privatizações admite-se a aplicação dessa modalidade licitatória, regida atualmente pelas Leis n. 8.031/90 e 9.491/97. É realizado nas Bolsas de Valores, exigindo habilitação prévia e ampla publicidade (exemplos: Eletropaulo, Cesp, Telesp etc.).

11.9. PREGÃO

A União, Estados, Distrito Federal e Municípios podem adotar a modalidade denominada "pregão" para a aquisição de bens e serviços comuns, assim compreendidos "aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado" (Lei n. 10.520, de 17-7-2002). A Lei n. 8.666/93 é aplicável subsidiariamente para as contratações realizadas com o emprego da modalidade (art. 9º), sendo obrigatório o critério do menor preço no julgamento das propostas (art. 4º, X).

Há nítida tendência para a adoção do pregão como modalidade preferencial nas contratações da Administração Pública quando se tratar da aquisição de bens e serviços comuns. Tanto assim que o Decreto n. 5.504/2005 estipula que essa é a *modalidade obrigatória* para aquelas contratações quando promovidas pela União, como também será obrigatória para as contratações celebradas por outros entes da Federação ou por entidades privadas com recursos repassados voluntariamente pela União e que se refiram a obras, compras, serviços e alienações. Estados (como já ocorre no Estado de São Paulo) e Municípios devem legislar sobre a matéria e podem também disciplinar a adoção obrigatória ou preferencial do pregão. Apresenta inúmeras especificidades que estão resumidas em item próprio (n. 13), adiante.

11.10. CONSULTA

A aquisição de bens e a contratação de serviços pelas Agências Reguladoras integrantes da Administração Federal (ANATEL, ANEEL, ANP, ANVISA etc.) podem dar-se segundo a modalidade consulta de licitação (Lei n. 9.986/2000). A lei não define a modalidade, mas (por óbvio) ordena a observância das normas gerais de licitação, além de vedar o seu emprego para as contratações de serviços de engenharia e obras. A consulta, assim, deve observar os princípios decorrentes do art. 37, XIX, da Constituição Federal e da Lei n. 8.666/93 (publicidade, sigilo, julgamento objetivo), como também deve respeitar as regras de habilitação (regularidade jurídica, fiscal etc.). A ANATEL, por Resolução própria (n. 5/98), define a consulta como "modalidade de licitação em que ao menos cinco pessoas, físicas ou jurídicas, de elevada qualificação, serão chamadas a apresentar propostas para o fornecimento de bens ou serviços não comuns". O julgamento, realizado por um júri composto por três pessoas "de elevado padrão profissional e moral, servidores ou não da Agência", abrange a classificação das propostas de acordo com os critérios da convocação e a atribuição de notas. O júri é que procede à adjudicação do objeto licitado ao vencedor. Como dito, a modalidade é admitida para as contratações realizadas por agências reguladoras da Administração Federal e não conta com previsão legal (exceto pela lei que a instituiu).

12 PROCEDIMENTO — FASES

A licitação é realizada por meio de procedimento administrativo, com a sucessão de atos ou a prática conjunta de atos tendentes a permitir a melhor contratação almejada pela Administração.

Compreende duas fases: *interna* e *externa*.

A fase interna tem início com a abertura do procedimento, caracterização da necessidade de contratar, definição precisa do objeto a ser contratado, reserva de recursos orçamentários, dentre outros. A Lei n. 8.666/93 prescreve, por exemplo, a necessidade, nas contratações de obras e serviços, de "projeto básico aprovado pela autoridade competente", a existência de "orçamento detalhado" em planilhas, a "previsão de recursos orçamentários" e, quando o caso, a contemplação no "plano plurianual" (art. 7º, I, II, III, e § 2º, IV).

A *fase externa* da licitação compreende: o *edital* (ou convite), que pode ser antecedido pela audiência pública; a *habilitação*; a *classificação*; o *julgamento*; a *adjudicação* e a *homologação*. Tem início, em regra, com a divulgação do ato convocatório (edital ou carta-convite, própria da modalidade convite). Excepcionalmente, a fase externa começa com audiência pública, antecedente da divulgação do edital, e reservada para as hipóteses que contemplam contratação futura cem vezes superior ao limite imposto para a concorrência de obras e serviços de engenharia. A audiência pública (que ocorre nas concorrências apenas) destina-se a tornar pública a contratação desejada e deve ser realizada quinze dias antes da publicação do edital. Este constitui a "lei interna da concorrência e da tomada de preços", conforme feliz definição do Prof. Hely Lopes Meirelles, mas é também exigível para o leilão e o concurso.

12.1. EDITAL

O edital deve ser divulgado interna e externamente, admitindo-se a publicação resumida na segunda hipótese (aviso do edital). O prazo de convocação dos interessados será, no mínimo, de *trinta dias nas concorrências*; *quarenta e cinco nos concursos*; *quinze nas tomadas de preço e leilão*; *e cinco dias úteis nos convites*. Ele deve conter: objeto da licitação; prazo e condições para a assinatura do contrato; sanções em razão do inadimplemento; local onde poderá ser examinado o projeto básico e o projeto executivo; critérios para participar da licitação e para o julgamento; condições de pagamento, exigência de seguros, dentre outras cláusulas obrigatórias (Lei n. 8.666/93, art. 40 e incisos).

O prazo para a impugnação do edital e seus termos expira, para o licitante, no segundo dia útil que anteceder a abertura dos envelopes de habilitação nas concorrências ou dos envelopes com as propostas nos convites, tomadas de preços, concursos e leilões (Lei n. 8.666/93, art. 41, § 2º). O licitante que não impugnar no prazo legal decairá desse direito. Para o cidadão, porém, o prazo de impugnação é de até cinco dias úteis antes daquela data (abertura). Deixando de fazê-lo, não mais poderá impugná-lo. Nada obsta, porém, o recurso às vias judiciais. O licitante, assim como outro interessado, poderá valer-se do mandado de segurança; o Ministério Público, da ação civil pública ou

de medida cautelar; e o cidadão, da ação popular, quando presente dano ao patrimônio público.

12.2. HABILITAÇÃO

O segundo momento procedimental é o da habilitação, que abriga o recebimento da documentação e proposta (segundo ato externo da licitação). A documentação deverá comprovar a *habilitação jurídica, a capacidade técnica, a idoneidade financeira e a regularidade fiscal do licitante*. A habilitação não é discricionária; é vinculada. A comissão deverá ater-se aos requisitos exigidos e à verificação de seu atendimento pelo interessado, conferindo-a aos que os satisfizerem. O *não atendimento gera a inabilitação* e inibe o conhecimento da proposta de preço (apresentada em envelope distinto, opaco, fechado e rubricado). Pode ocorrer que apenas *um seja habilitado, e a licitação prosseguirá com a abertura do seu envelope de proposta*. Se nenhum interessado for habilitado, haverá a *licitação fracassada* (difere da *licitação deserta*, hipótese em que nenhum interessado comparece), que pode ensejar a contratação direta. Antes, porém, deverá a Administração conceder prazo para os interessados reapresentarem suas documentações, suprindo as falhas (*v.*, antes, licitação deserta e fracassada — Lei n. 8.666/93, art. 48).

A inabilitação é, pois, ato administrativo vinculado que exclui o interessado do procedimento licitatório, por não satisfazer os requisitos de participação. As propostas de preço do inabilitado não serão conhecidas. Após a habilitação e depois de abertas as propostas, o licitante não poderá desistir, salvo se presente motivo justo decorrente de fato superveniente e aceito pela comissão (Lei n. 8.666/93, art. 43, § 6º).

Para a habilitação o licitante deverá apresentar comprovação quanto:

a) *à habilitação jurídica*;

b) *à regularidade fiscal*;

c) *à qualificação técnica*;

d) *à qualificação econômico-financeira*;

e) ao atendimento do disposto no art. 7º, XXXIII, da CF (regularidade na contratação de menores de idade).

A Constituição Federal, na norma citada, veda o emprego de menores de 18 anos de idade em trabalho noturno, perigoso ou insalubre e só admite a contratação de maiores de 14 anos de idade, na

condição de aprendiz. Até os 14 anos, o menor não pode ser contratado; entre 14 e 16 anos, apenas na condição de aprendiz, e a partir de 16 anos pode ser contratado segundo as normas da CLT, porém desde que a jornada de trabalho não se dê em período noturno e que as atividades não sejam perigosas ou insalubres.

Por fim, *microempresas e empresas de pequeno* porte gozam de tratamento diferenciado (LC n. 123/2006), seja porque podem ser as únicas capazes de participação, seja porque pode ser exigida dos licitantes que a subcontratação as abranja com exclusividade (*v.* art. 48 da LC n. 123/2006 — Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte).

12.3. CLASSIFICAÇÃO

Ao contrário do que ocorre na fase antecedente — da habilitação —, na classificação devem as propostas receber análise quanto ao seu conteúdo. Naquela fase, basta a análise sob o aspecto formal (se atendidos ou não os requisitos objetivos); nesta, *a análise tocará o conteúdo das propostas* visando saber se são, de fato, *factíveis e se atendem ao edital*, sob pena de desclassificação. *A desclassificação corresponde a ato administrativo vinculado pelo qual a comissão exclui proposta apresentada por licitante habilitado, seja em razão de sua desconformidade com os requisitos do edital, seja em razão de sua inviabilidade.*

O exame das propostas e a consequente classificação poderão ensejar a realização de perícias, exames, testes, para a verificação da idoneidade (exequibilidade) da proposta apresentada. *A proposta inidônea será desclassificada*.

A habilitação restringe-se ao proponente; a classificação atinge a proposta.

12.4. JULGAMENTO

O julgamento ocorre após a classificação das propostas, e nele há a confrontação daquelas que forem selecionadas. Será privativo da comissão, nas concorrências e tomadas de preço; da comissão ou do servidor nomeado, nos convites. O julgamento será uno, sempre de acordo com os critérios de avaliação descritos no edital; havendo empate, aplica-se o critério da preferência, como estudado anteriormente. Havendo empate entre os proponentes, admite a lei o tratamento diferenciado e o reconhecimento de critérios de desempate em favor

de bens ou serviços prestados por empresas brasileiras de capital nacional, produzidos no País, produzidos por empresas brasileiras, produzidos ou prestados por empresas com investimentos em pesquisa e no desenvolvimento tecnológico no País. O desempate pode também privilegiar as microempresas ou empresas de pequeno porte (*v.* item 6, letra *c* — Princípio da igualdade).

As propostas inexequíveis devem ser afastadas. Nesta fase há o julgamento das propostas técnicas e das propostas comerciais, conforme defina o tipo de licitação.

O julgamento deve ser objetivo e seguir o *tipo de licitação* adotado:

12.4.1. TIPOS DE LICITAÇÃO

Modalidades não se confundem com tipos de licitação; os tipos estão ligados ao critério de julgamento das propostas e devem estar estabelecidos no edital ou convite.

Menor preço (usual); *melhor técnica* (o material mais eficiente, mais rentável, melhor); *técnica e preço* (preço mais vantajoso e melhor técnica); *maior oferta ou lance* (oferta em leilão).

Para o julgamento do tipo melhor técnica empregam-se três envelopes:

- ✓ um para a documentação — habilitação;
- ✓ outro para a técnica a ser empregada;
- ✓ e o terceiro contendo a proposta de preço.

A Administração, selecionando a melhor técnica, deverá em seguida eleger o melhor preço, negociando, se caso, com o vencedor para que prevaleça o menor preço apresentado.

A licitação de menor preço é utilizada sempre, ou quase sempre. A de melhor técnica e de técnica e preço são reservadas para serviços de natureza intelectual (projetos, consultorias) e excepcionalmente utilizadas para o fornecimento de bens, execução de obras ou prestação de serviços.

Por fim, o tipo "maior lance ou oferta" refere-se, exclusivamente, ao leilão.

12.5. HOMOLOGAÇÃO

Ao contrário do que ocorria no sistema anterior (Dec.-Lei n. 2.300/86), a Lei n. 8.666/93 impôs a inversão do procedimento, ocorrendo a homologação antes da adjudicação. A *homologação corresponde à aprovação do certame e de seu resultado*. É realizada pela autoridade administrativa não participante da comissão de licitação e indicada pela lei local. Em regra, será aquela que ordenou a abertura da licitação.

Pode tal agente público:

a) homologar o resultado, procedendo na sequência à adjudicação do objeto ao vencedor;

b) anular o certame, ante qualquer ilegalidade;

c) revogar o certame, se presente causa que o autorize;

d) sanar os vícios ou irregularidades que não contaminem o resultado da licitação.

12.6. ADJUDICAÇÃO

O licitante que teve a sua proposta acolhida como a vencedora (seja em razão do preço, da técnica, da técnica e preço, ou do lance) terá direito ao futuro contrato. A adjudicação produz os seguintes efeitos jurídicos:

a) confere ao vencedor o direito a contratação futura (trata-se de mera expectativa de direito já que é incerta a formalização do contrato ou direito se a contratação efetivamente se realizar);

b) impede a Administração de proceder à abertura de outra licitação com idêntico objeto;

c) libera todos os demais participantes, inclusive as garantias por eles oferecidas;

d) vincula o vencedor nos termos do edital e da proposta consagrada;

e) sujeita o vencedor (dito *adjudicatário*) às penalidades previstas no edital se não assinar o contrato no prazo estabelecido.

12.7. INVALIDAÇÃO DA LICITAÇÃO

A invalidação da licitação pode decorrer de anulação ou revogação. Anula-se pela ilegalidade conhecida no procedimento, operando efeitos *ex tunc* e não gerando direito a indenização (*RT*, 212/164),

carecendo o ato ser fundamentado e publicado. A ilegalidade do certame licitatório contamina o contrato firmado.

A revogação, ao contrário, pode ensejar o direito a indenização ao licitante vencedor e que teve para si o objeto adjudicado. Assim, a revogação opera efeitos *ex nunc* e prende-se a "razões de interesse público decorrente de fato superveniente devidamente comprovado" (Lei n. 8.666/93, art. 49). Se o ato não contiver suficiente demonstração do interesse público gasalhado na revogação, pode o licitante vencedor buscar o restabelecimento do procedimento licitatório, conquanto a Administração não esteja obrigada a contratá-lo. Ou seja, a Administração pode revogar desde que o faça na forma da lei. Somente ela pode *revogar* a licitação; o Judiciário somente poderá *anular* a licitação.

12.8. RECURSOS

A Lei n. 8.666/93 admite a interposição de três diferentes recursos:

a) recurso (propriamente dito);

b) representação;

c) pedido de reconsideração.

O recurso (propriamente dito) terá cabimento nas seguintes hipóteses:

a) habilitação ou inabilitação de licitantes;

b) julgamento das propostas;

c) anulação ou revogação da licitação;

d) indeferimento de inscrição, alteração ou cancelamento no registro cadastral;

e) rescisão do contrato;

f) aplicação das penalidades de advertência, suspensão temporária ou multa.

O prazo para a interposição é de cinco dias contados da intimação do ato ou da lavratura da ata e apenas nas duas primeiras hipóteses (habilitação, inabilitação e julgamento das propostas) produzirá efeitos suspensivos; nas demais, o efeito suspensivo pode ser deferido pela autoridade competente (motivadamente — Lei n. 8.666/93, art. 109, § 2º).

A representação (prazo de cinco dias úteis contados da intimação) pode ser apresentada *contra decisão relativa ao objeto licitado*, mas desde que não comporte recurso hierárquico.

Por fim, o pedido de reconsideração tem cabimento, no prazo de dez dias úteis, contra a decisão do Ministro ou Secretário de Estado ou do Município que tenha aplicado as penalidades de declaração de inidoneidade para licitar ou contratar.

13 PREGÃO — ESPECIFICIDADES

O pregão apresenta inúmeras especificidades em relação às demais modalidades. Desenvolve-se em duas fases:

a) interna (ou preparatória), reservada para a justificação da necessidade da contratação (inclusive com o orçamento dos bens a serem licitados), definição do objeto (clara, precisa, vedadas especificações irrelevantes e excessivas), das exigências de habilitação, critérios de aceitação das propostas, indicação das sanções aplicáveis por inadimplemento e as cláusulas do contrato. O procedimento contará com a designação do leiloeiro e da "equipe de apoio" (que receberão as propostas, farão a classificação, a habilitação e a adjudicação ao vencedor). A equipe deve ser integrada em sua maioria por servidores ou empregados públicos (de preferência do quadro permanente — art. 3º, § 1º);

b) externa, que tem início com a convocação dos interessados (aviso na imprensa oficial ou jornal de circulação local) e conduz à sessão pública de julgamento. O prazo para a apresentação das propostas não poderá ser inferior a oito dias. Os licitantes apresentarão propostas (cuja validade será de, no mínimo, sessenta dias) contendo a indicação do objeto e do preço. Conhecidas as ofertas, a de menor valor e as que a excederem em até 10% poderão apresentar lances verbais e sucessivos, até que seja proclamado o vencedor (o critério sempre será o de *menor preço*). Depois de proclamada a melhor proposta (e classificadas todas as propostas), o leiloeiro examinará os documentos (reunidos em um invólucro) de habilitação do licitante. A habilitação compreende a verificação de regularidade com a Fazenda (Nacional, Estadual, Municipal), Seguridade Social

e FGTS, além do atendimento de exigências técnicas e econômico-financeiras. Habilitado, o autor da menor proposta será declarado vencedor; caso contrário, serão examinadas as ofertas subsequentes e que atendam às exigências do edital.

Em síntese:

- ✓ Modalidade própria para a aquisição de bens e serviços comuns, qualquer que seja o valor;
- ✓ Bens e serviços comuns são aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos no edital (especificações do mercado). Por exemplo:
  - – Bens de consumo: água mineral; combustível; gás; material de expediente; medicamentos; material de limpeza; oxigênio, uniformes (*v*. Decreto n. 3.555/2000, aplicável para a União).
  - – Bens permanentes: mobiliário, equipamentos em geral; utensílios; veículos etc. (*v*. Decreto n. 3.555/2000, aplicável para a União).
  - – Serviços comuns podem ser, por exemplo, de apoio administrativo; de atividades auxiliares (copeiro, garçom, ascensorista, motorista); serviços de assinaturas (de jornais, revistas), dentre tantos (*v*. Decreto n. 3.555/2000, próprio para a União).
- ✓ Não admitem contratação a partir do pregão:
  - – Obras e serviços de engenharia.
  - – Locações imobiliárias.
  - – Alienações.
- ✓ O pregão é presidido por servidor ou pregoeiro; servidor com capacitação técnica específica e que deve ser auxiliado por uma equipe de apoio.
- ✓ A fase preparatória (interna) do pregão envolve:
  - – Abertura do procedimento;
    - ▪ Definição do objeto.
    - ▪ Justificativa para a contratação.
    - ▪ Orçamento, pesquisa de preços.

- Planilha de custos.
- Disponibilidade orçamentária.
- Cronograma físico-financeiro de desembolso.
- Definição dos critérios de admissão.
- Minuta do edital.
- Parecer jurídico.
- Aprovação do edital.

✓ A fase externa do pregão compreende:

– Publicação do aviso/convocação;
  - Publicação pode ser por meio eletrônico, no Diário Oficial ou em jornais de grande circulação.
  - Tem início o prazo para as propostas (nunca inferior a oito dias úteis);

– Fase competitiva (sessão pública):
  - Licitantes apresentarão suas propostas no dia, hora e local designados no edital.
  - Abertura das propostas. Aceitação ou recusa.
  - Classificação das propostas (segundo o valor).
  - Disputa — lances verbais.

– Segundo a classificação, tem início a disputa, observando a ordem (classificação) decrescente — do maior valor para a proposta de menor valor.

– A ausência de lances verbais não impede o julgamento.

– Os licitantes podem realizar consultas (por telefone, por meio eletrônico) para oferecer seus lances.

– O pregoeiro deve negociar a redução dos preços e analisar os prazos, as especificações técnicas etc.
  - Julgamento — definição da melhor proposta.
  - Habilitação.

– Definida melhor proposta (menor preço), passa-se ao exame da documentação (envelope distinto):
  - Habilitação jurídica.
  - Habilitação econômico-financeira.

- Regularidade fiscal.
- Qualificação técnica.
- Regularidade na admissão de menores.
- Definição do vencedor.
  - Adjudicação (realizada ao final da sessão pública).
  - Homologação (pela autoridade competente e após o julgamento de eventuais recursos).

✓ RECURSOS:

– Devem ser interpostos na sessão pública.
– As razões podem ser apresentadas no prazo de três dias.
– Os demais licitantes poderão apresentar as suas razões.
– O pregoeiro apresentará sua decisão (parecer).
– A autoridade competente deverá decidir acerca da procedência ou improcedência do recurso.
  - Convocação — será convocado o licitante vencedor para a formalização do contrato. Se não comparecer, convoca-se o segundo classificado. A assinatura do contrato encerra o pregão.

14 AS FASES DOS PROCEDIMENTOS LICITATÓRIOS

FASE INTERNA

a) Abertura do procedimento
   ✓ Requisição do objeto (descrição da obra, do serviço ou do bem necessários à Administração).
   ✓ Orçamento detalhado (estimativa do valor, consulta ao registro de preços).
   ✓ Aprovação de despesa.
   ✓ Elaboração da minuta do edital ou convite.
   ✓ Análise do órgão jurídico.

b) Audiência pública (sempre que conveniente ou obrigatória — contratações de grande valor, por exemplo).

c) Publicação do edital (início da fase externa).

FASE EXTERNA

a) Publicação do edital ou convite

O edital deve conter, no mínimo e dentre outras exigências:

- ✓ Preâmbulo.
- ✓ Identificação do contratante.
- ✓ Número do edital.
- ✓ Finalidade da licitação.
- ✓ Legislação aplicável.
- ✓ Prazos.
- ✓ Local de recebimento das propostas.
- ✓ Condições para a participação.
- ✓ Definição do objeto.
- ✓ Critérios (tipos) de julgamento.
- ✓ Recursos admissíveis.
- ✓ Garantias etc.

b) Habilitação

A habilitação abrangerá:

- ✓ Capacidade jurídica.
- ✓ Capacidade técnica.
- ✓ Regularidade fiscal.
- ✓ Idoneidade financeira.
- ✓ Regularidade na admissão de menores.

(Licitante poderá ser inabilitado)

Da habilitação ou inabilitação, admite-se recurso com efeito suspensivo.

c) Classificação das propostas

(concorrem apenas os que tiverem sido habilitados)

- ✓ Classificação segundo o tipo de licitação (menor preço, técnica e preço etc).

d) Julgamento

- ✓ Proclamação do licitante vencedor.

e) Homologação

- ✓ Declaração da regularidade do procedimento e do resultado alcançado.

f) Adjudicação

- ✓ Declaração do direito do vencedor de vir a ser contratado.

Licitação Dispensável — Art. 24 da Lei n. 8.666/93
Em razão do valor: art. 24, I e II
Em razão de situações excepcionais: art. 24, III, IV, V, VI,VII, IX
Em razão do objeto: art. 24, VIII, X, XI, XII, XIV, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XXI, XXVIII, XXIX
Em razão da pessoa: art. 24, XIII, XX, XXII, XXIII, XXIV, XXV, XXVI, XXVII

Quadro sinótico – Licitação

Licitação	**Conceito**	É procedimento administrativo voltado à seleção da proposta mais vantajosa para contratação desejada pela Administração e necessária ao atendimento do interesse público (Lei n. 8.666/93, art. 4º).
	Finalidades	— seleção da proposta mais vantajosa; — igualdade entre os participantes da disputa.
	Legislação: CF, arts. 37, XXI, e 22, XVII; Lei n. 8.666/93	Regra: dever de licitar; Exceção: não licitar = contratação direta.
	Princípios (aceitação majoritária)	— procedimento formal = formalismo; — publicidade (ex.: Lei n. 8.666/93, art. 16); — igualdade (exs.: arts. 3º e 90, Lei n. 8.666/93); — sigilo na apresentação das propostas; — julgamento objetivo; — vinculação ao edital; — adjudicação compulsória ao vencedor.

Licitação	**Objeto**	Obras, compras, serviços, inclusive de publicidade, alienações e locações.
	Destinatários	A todas as pessoas políticas que, a qualquer título, manejam recursos públicos.
	Contratações diretas	Fundamento: inadequação ou impossibilidade de competição. Licitação dispensada (Lei n. 8.666/93, art. 17). Licitação dispensável (Lei n. 8.666/93, art. 24): — em razão do valor; — em razão de situações excepcionais; — em razão do objeto; — em razão da pessoa (contratado). Licitação inexigível (Lei n. 8.666/93, art. 25): **a)** fornecedor único; **b)** notória especialização para a execução de serviços de natureza singular; **c)** profissionais do setor artístico.
	Modalidades	— concorrência; — tomada de preços; — convite; — concurso; — leilão; — pregão: eletrônico ou presencial; — consulta: contratação pelas agências reguladoras.
	Procedimento — fases	Fases da concorrência: Edital ⟶ Habilitação ⟶ Classificação/Julgamento ⟶ Homologação ⟶ Adjudicação. Todas admitem impugnações e recursos.

Capítulo II
CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

1 CONCEITO

A Administração Pública contrata com terceiro (pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado), visando satisfazer seus interesses. O contrato administrativo corresponde, pois, ao contrato firmado pela Administração, segundo normas de direito público, com o propósito de solver sua necessidade, sendo, em regra, precedido de licitação.

Os contratos são pluripartes (mais de uma parte), formais, consensuais (refletem um acordo de vontades), onerosos (remunerados), comutativos (compensações recíprocas) e celebrados, em regra, *intuitu personae*. Sem prejuízo, podem ser, ainda, personalíssimos (aqueles cujo objeto somente possa ser executado por pessoa determinada).

Não se confundem, então: podem ser personalíssimos, mas sempre serão *intuitu personae*, já que essa característica refere-se à responsabilização.

A Administração Pública, porém, não celebra apenas contratos administrativos, mas também ajustes regulados pelo direito privado (contrato de locação, por exemplo). Por isso, há o gênero *contratos da administração* e as espécies: contratos administrativos propriamente ditos e contratos regidos pelo direito privado.

De qualquer modo, ainda que regido pelo direito privado, o ajuste contratual sempre pressupõe observância das normas de direito público que exorbitam as regras de direito privado (como o dever de licitar, a regulação do valor segundo as práticas do mercado, a possibilidade de rescisão unilateral etc.).

2 CONTRATOS ADMINISTRATIVOS — CARACTERÍSTICAS

Os contratos administrativos são revelados pela presença de algumas características que lhes são fundamentais:

a) a contratante deve ser a Administração Pública, como expressão do Poder Público;
b) o objeto deve corresponder ao interesse público (como ocorre em todas as atividades estatais);
c) obediência à forma imposta em lei (as partes não convencionam a forma);
d) segue-se o rito procedimental imposto em lei (antecedido por licitação, reserva de recursos orçamentários etc.);
e) presença de cláusulas exorbitantes (alteração unilateral, rescisão unilateral; aplicação de penalidades);
f) exigência de garantias (indicadas em lei);
g) mutabilidade do regime contratual.

2.1. A ADMINISTRAÇÃO COMO CONTRATANTE

Os contratos administrativos diferem dos contratos de direito privado porque, dentre outras razões, deferem à contratante — Administração Pública — prerrogativas incomuns, traduzindo a supremacia do interesse que ela deve gerir ou administrar. A máxima de que o contrato faz lei entre as partes ou de que é imutável (*lex inter partes*) é relativizada, obrigando ambos (contratante e contratado) definitivamente, também não se apresenta de modo absoluto. O regime jurídico-administrativo admite a presença de cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos, consideradas incidentes ainda que não escritas.

2.2. FINALIDADE DO OBJETO

A finalidade pública vincula toda a atividade administrativa e não poderia ser diferente nos contratos administrativos. O objeto contratado há de corresponder ao que convém ou é indispensável para a Administração Pública e, em sentido amplo, ao interesse público. Evidentemente, os contratos administrativos reclamam a concordância do contratado, que comparece na licitação, apresenta suas propostas e é selecionado. Assim, o interesse da Administração é o de atender ao interesse público, mesmo que também corresponda ao interesse do contratado.

2.3. FORMALISMO

O princípio do formalismo obriga que a Administração celebre os seus contratos segundo a forma prescrita em lei. Essencial para o controle da Administração, a Lei n. 8.666/93 trata de indicar, por exemplo, o modo de celebração (instrumento escrito, escritura pública, nota de empenho etc.), os prazos, as publicações obrigatórias, dentre outros.

O contrato adquire eficácia com a sua publicação, ainda que resumida. A publicação deve ocorrer no prazo máximo de vinte dias contados da data da assinatura e não deve ultrapassar o 5º dia útil do mês seguinte (Lei n. 8.666/93, art. 61, parágrafo único).

O instrumento de contrato (lavrado na própria repartição, registrado e arquivado) é obrigatório nos casos de:

- ✓ *Concorrência.*
- ✓ *Tomada de preços.*
- ✓ *Contratações decorrentes de dispensa e inexigibilidade.*

Nos demais casos, inclusive nas compras de entrega imediata e integral (independentemente do valor), o instrumento pode ser substituído por *carta-contrato, nota de empenho, autorização de compra ou ordem de serviço*. Veja-se que todo pagamento realizado pela Administração exige a emissão de uma nota de empenho (o empenho estabelece a obrigação do pagamento — Lei n. 4.320/64). Por fim, contrato verbal somente é admissível quando se tratar de pequenas compras de pronto pagamento, realizadas em regime de adiantamento e assim consideradas aquelas de valor não superior a 5% dos valores que obrigam a contratação por convite.

2.4. PROCEDIMENTO

A Administração Pública não contrata se não como a lei admitir. Para a contratação válida e eficaz, exige-se a atenção aos requisitos formais e ao procedimento (requisitos procedimentais) próprios, como a publicação do instrumento e, antes disso, a licitação ou a sua formal declaração de inexigibilidade ou dispensa. A reserva de recursos orçamentários e a convocação do interessado para assinar o termo (Lei n. 8.666/93, art. 64) podem ser compreendidas como exigências próprias do procedimento a que se obriga a Administração.

2.5. CLÁUSULAS EXORBITANTES

São prerrogativas conferidas à Administração, garantindo-lhe posição de supremacia no ajuste. São exorbitantes porque reconhecíveis em todo contrato administrativo, indisponíveis e incomuns nos ajustes de direito privado. Delas decorrem, por exemplo, a possibilidade de a Administração alterar os contratos, aplicar penalidades, retomar o objeto ou invalidar (anulando) o contrato firmado. Adiante estudaremos as principais cláusulas que exorbitam o direito privado.

3 COMPETÊNCIA LEGIFERANTE

À União compete legislar sobre normas gerais atinentes às contratações promovidas pelo Poder Público, a exemplo do que ocorre em matéria de licitações, reservando-se aos Estados e Municípios a possibilidade de legislarem supletivamente (CF, art. 22, XXVII).

4 ESPÉCIES

Há doutrinadores que sustentam a inexistência de contrato administrativo, porque não é observado o princípio da igualdade entre os contratantes e há mitigação da autonomia da vontade; outros, que todos os ajustes celebrados pela Administração são contratos administrativos, ante a imposição do regime jurídico administrativo e seus consequentes; por fim, há os que defendem a existência dos contratos administrativos como espécie do gênero contrato, possuindo características próprias, exorbitantes e derrogatórias do direito privado. Essa é a posição prevalente, como visto.

O contrato administrativo possui, ainda, a *natureza de contrato de adesão*, porquanto todas as cláusulas são impostas unilateralmente pela Administração, muito embora possa também ser firmado com predominância de normas de direito privado, hipótese em que a desigualdade entre as partes sofre séria mitigação, denominando-se a relação estabelecida *semipública* ou *contrato administrativo atípico*. Em outros casos, porém, o contrato é regido exclusivamente por normas de direito público, chamando-o de "contrato administrativo propriamente dito".

Outro modo de identificação do contrato administrativo diz respeito ao resultado que produz. Pode ser *de colaboração* (ao particular

não é deferida qualquer vantagem, mas a obrigação de executar algo em favor da Administração, que possui interesse prevalente na contratação) ou *de atribuição* (o interesse prevalecente é do particular, sendo-lhe deferida vantagem pessoal, como nas permissões de uso).

5 VIGÊNCIA E EFICÁCIA

A vigência do contrato tem início com a formalização da avença (data e assinatura), salvo se outra posterior no instrumento estiver contemplada. A eficácia, que pode ser coincidente com a vigência, corresponde à possibilidade de produção dos efeitos. *A publicação resumida do contrato é condição para a eficácia*. A eficácia se extingue, geralmente, com a extinção do contrato. Como regra, porém, a lei condiciona a *eficácia* do contrato à sua publicação e que deve ocorrer no prazo de 20 dias úteis contados da assinatura e até o 5º dia útil do mês subsequente.

6 PRAZO DE DURAÇÃO

O prazo contratual, normalmente, coincide com a vigência do crédito orçamentário, que é idêntica ao ano civil (Lei n. 4.320/64, art. 34), salvo se celebrado o negócio no último quadrimestre (CF, art. 167, § 2º). Excepcionam a regra, ainda, os projetos contemplados no plano plurianual; os serviços prestados de forma contínua; o aluguel de equipamentos e a utilização de programas de informática. Para a Lei n. 8.666/93, não deve haver contrato sem prazo definido (art. 57, § 3º). Há, contudo, exceção a tal regra quando se trata de contrato de permissão de serviço público (Lei n. 8.987/95).

A prorrogação do prazo de vigência é excepcional, formalizada por termo de aditamento, que deve ser publicado, mantidas as condições e cláusulas já estabelecidas no contrato cujo prazo é prorrogado. Apenas para a ampliação do prazo contratual é que se admite a prorrogação, desde que, repita-se, mantidas as condições contratuais.

7 GARANTIAS

O contratante deverá, conforme indicado no edital ou instrumento convocatório, ofertar garantia capaz de assegurar a fiel execu-

ção do objeto contratado. A garantia será escolhida pelo contratado, desde que prevista no edital, podendo ser: *caução* (em dinheiro ou títulos da dívida pública); *seguro-garantia* (apólice de seguro que obrigue a segurada a executar o contrato ou à indenização, também conhecida por *performance bond*); *fiança bancária* (garantia fidejussória). O limite da garantia será de até 5% do valor do contrato, salvo se se referir a obras, serviço e fornecimento de grande vulto, quando será de até 10% do valor do contrato.

A Administração pode exigir outras garantias, como o seguro de bens e de pessoas e o compromisso de fornecimento pelo fabricante ou importador, sempre que tais cautelas forem convenientes. A lei não prevê essas formas de garantias, que podem vir estabelecidas no edital de licitação. Trata-se de cautela que pode inibir eventual prejuízo para a Administração ou para terceiros (nesse sentido, Hely Lopes Meirelles, *Direito administrativo brasileiro*, 28. ed., São Paulo: Malheiros, p. 218-219).

Diferentemente do que ocorre no regime geral dos contratos administrativos, como veremos adiante, as parcerias público-privadas também exigem da Administração o oferecimento de garantias em favor do contratado (parceiro-privado), constituindo-se importante exceção.

8 CLÁUSULAS EXORBITANTES

Nos contratos administrativos são contempladas hipóteses e cláusulas que asseguram a desigualdade entre os contratantes. Para uma das partes são deferidas prerrogativas incomuns, que extrapolam o direito comum — direito privado —, colocando-a em posição de supremacia. Recebem o nome de "cláusulas exorbitantes", porque exorbitam o direito privado, sendo ilegais se previstas em contratos firmados exclusivamente por particulares. A integração da Administração Pública num dos polos da relação contratual é que autoriza a imposição dessas cláusulas. São cláusulas exorbitantes as que traduzem o poder de *alteração* e *rescisão* unilateral do contrato; as que impõem a *manutenção do equilíbrio econômico e financeiro;* a *possibilidade de revisão de preços e de tarifas contratualmente fixadas;* a *inoponibilidade da exceção de contrato não cumprido (exceptio non adimpleti contractus);* o *controle da avença* por estranho à relação; a possibilidade de aplicação de *penalidades* e a exigência de garantias.

Examinemos as mais significativas:

8.1. ALTERAÇÃO E RESCISÃO

A Administração Pública deve, em defesa do interesse público e desde que assegurada a ampla defesa, no processo administrativo, promover a alteração do contrato, ainda que discordante o contratado. Por óbvio, a possibilidade de alteração do que fora pactuado sempre se sujeita à existência de justa causa, presente na modificação da necessidade coletiva, ou do interesse público. Ao particular restará, se caso, eventual indenização pelos danos que vier a suportar.

As alterações podem ser:

✓ Qualitativas — quando ocorrer modificação do projeto ou das especificações *para melhor adequação técnica*;

✓ Quantitativas — quando alterado o valor em decorrência de acréscimo ou supressão quantitativa do objeto, observando-se os seguintes limites: *obras, serviços e compras, até 25% do valor inicial; reforma de edifício ou de equipamento, até 50% para os seus acréscimos*.

Constituem cláusulas exorbitantes porque podem ser impostas à revelia da concordância do contratado.

8.2. MANUTENÇÃO DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO E FINANCEIRO

A mantença do padrão remuneratório fixado no instrumento contratual, antevisto no edital e presente na proposta, constitui obrigação da Administração, que não pode, a pretexto de alterar unilateralmente o contrato, impor gravame insuportável para o contratado. A norma é aplicável a todos os contratos administrativos. Por isso, imposta a alteração quantitativa do objeto, por exemplo, decorrerá, se o caso, a possibilidade de o contratado reclamar pelo reequilíbrio da equação financeira do ajuste.

8.3. INOPONIBILIDADE DA EXCEÇÃO DE CONTRATO NÃO CUMPRIDO

No direito privado, o descumprimento de obrigação contratual pode desobrigar a outra parte. Tal não ocorre nos contratos adminis-

trativos, ante a incidência dos princípios da continuidade dos serviços públicos e da supremacia do interesse público sobre o particular.

O atraso de pagamentos (90 dias, se ausente justa causa) ou a imposição de gravame insuportável para o contratado podem, porém, autorizar a suspensão da execução do contrato.

8.4. CONTROLE DO CONTRATO

Ao contrário do que ocorre nos contratos regidos pelo direito privado, o contrato administrativo permite à Administração, e mesmo a estranhos a ela, o acompanhamento da execução do objeto pactuado. A fiscalização e o controle devem ser exercidos por um representante da Administração designado para tanto e, quando necessário, podem ser contratados com terceiros. A fiscalização pela Administração não desobriga o contratado do dever de reparar danos eventualmente causados a terceiros e nem torna a Administração Pública solidariamente responsável. Do controle também pode decorrer a ocupação temporária ou até justificar a decretação da intervenção provisória (como nas hipóteses de concessão e permissão — Lei n. 8.986/95) e a rescisão unilateral do contrato.

8.5. PENALIDADES

O contratante — Administração Pública —, sem a necessidade de intersecção de qualquer outro, poderá aplicar penalidades à outra parte (particular). Esse poder não é deferido em contratos regidos pelo direito privado, mas tão somente às contratações regidas pelo direito público.

Assim, ante o descumprimento das obrigações assumidas, poderá a Administração aplicar ao contratado as seguintes penalidades: *advertência*, *multa*, *rescisão unilateral do contrato*, *suspensão provisória* e *declaração de inidoneidade*.

Dentre as sanções, as mais gravosas são a suspensão provisória e a declaração de inidoneidade. Todas, porém, dependem de regular processo administrativo, assegurada a ampla defesa e o contraditório. As sanções podem ser impostas tanto a pessoas físicas como jurídicas. Não são eternas ou perpétuas, podendo o seu destinatário ter sua reabilitação deferida.

Constituem cláusulas exorbitantes porque são aplicadas diretamente pela Administração Pública, respeitado o devido processo legal. Além da advertência, a Lei de Licitações permite a aplicação de:

8.5.1. MULTA

A multa é sanção pecuniária que será descontada da garantia ofertada, quando existente. Não havendo garantia, ou sendo superior ao seu valor, poderá a Administração cobrá-la judicialmente. Ela deve ser fixada no instrumento convocatório. Pode ser aplicada cumulativamente com as demais.

8.5.2. SUSPENSÃO TEMPORÁRIA

A penalidade importa a proibição de o contratado participar de licitação ou de vir a ser contratado por prazo não superior a dois anos. Depende de regular processo de apuração da responsabilidade administrativa pela inexecução contratual e fica restrita ao âmbito do órgão contratante. Pode ser aplicada conjuntamente com a advertência e a multa.

8.5.3. DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE

A sanção administrativa mais gravosa é estendida a todos os órgãos e entidades da Administração que a impôs. É imposta, ao contrário das demais, pelos ministros de Estado, secretários estaduais ou municipais, ou como dispuser a lei local. Assim, no Estado de São Paulo, à luz do art. 81, § 3º, da Lei n. 6.544/89, ao governador do Estado compete a aplicação dessa pena. A reabilitação pode ser deferida passados dois anos da imposição da sanção e desde que cessado o motivo de sua imposição, como, por exemplo, com a modificação da equipe técnica do contratado.

8.5.4. ABRANGÊNCIA

Cuidado especial deve ser observado quanto à abrangência da sanção imposta. Enquanto a suspensão temporária (de até dois anos), que somente impede a contratação ou a participação de licitação pelo órgão ou entidade que a realizou (por exemplo, uma Secretaria de

Estado), não se estende a outros (como a outras Secretarias), a declaração de inidoneidade, que sempre pressupõe conduta mais gravosa, estende-se a toda a Administração contratante (a todas as Secretarias de Estado, por exemplo). Nessa hipótese, a reabilitação é possível depois de passados dois anos.

8.6. INSTRUMENTO CONTRATUAL

O contrato administrativo poderá ser *verbal, nas pequenas contratações que tenham por objeto compras, sendo escrito em todas as demais hipóteses.* O instrumento tanto pode ser o termo registrado em livro próprio da contratante ou a escritura pública, nas hipóteses em que esta é exigida (como na venda e compra). Ele é obrigatório nas concorrências e tomadas de preços e nas contratações diretas (por dispensa ou inexigibilidade), podendo ser dispensado nas demais hipóteses em que for substituído por "carta-contrato", notas de empenho, ordem de serviço ou autorização de compra (como nas compras com entrega imediata).

8.7. EXECUÇÃO DO CONTRATO

No curso da execução do contrato detém a Administração o dever de fiscalizar e orientar o contratado, o que não retira deste a responsabilidade por sua fiel execução. Tais deveres destinam-se ao direcionamento adequado da execução do contrato e não devem sugerir qualquer modificação de seu objeto, permitindo, quando necessário, a imposição de medidas protetivas: *a interdição que paralisa a obra, o fornecimento ou o serviço e a intervenção, posicionando a Administração como executora do contrato*. Ambas dependem de processo administrativo, com contraditório e ampla defesa, ensejando, depois, a imposição de penalidades.

Para a execução do contrato pode ser admitida a subcontratação parcial (Lei n. 8.666/93, art. 72), vedada apenas quando se tratar de serviços técnicos especializados. Em regra, o edital faculta ao contratado a possibilidade da subcontratação, mas, excepcionalmente, poderá obrigá-lo a subcontratar em favor de microempresa ou de empresa de pequeno porte, desde que o percentual máximo do objeto a ser subcontratado não exceda a 30% do total licitado (LC n. 123/2006).

8.8. EXTINÇÃO DO CONTRATO

A extinção do contrato pode decorrer da *extinção do objeto* (conclusão); *término do prazo* (que opera a extinção de pleno direito); *rescisão* (administrativa — imposta pela Administração; amigável — fruto de composição entre as partes contratantes) ou, ainda, em razão da *invalidação do contrato* (anulação).

A anulação do contrato pode ser imposta pelo Judiciário, em ação movida seja pelo cidadão (ação popular), seja pelo detentor de direito líquido e certo (mandado de segurança), seja ainda pelos legitimados à ação civil pública (como o Ministério Público). Pode, ainda, decorrer de ação ordinária (de conhecimento) movida por aquele que detenha legitimidade.

8.9. INEXECUÇÃO CONTRATUAL

O descumprimento do pactuado leva à imposição de sanções, penalidades e à apuração da responsabilidade civil. Vale dizer, o descumprimento total ou parcial pode ensejar a apuração de responsabilidade civil, criminal e administrativa do contratado, propiciando, ainda, a rescisão do contrato. O contratado é o responsável pelos danos decorrentes da execução do contrato (responsabilidade contratual, subjetiva). Se decorrentes exclusivamente do *fato da obra*, responderá objetivamente a Administração (*v.* Capítulo VI, item 3.1). O não cumprimento de encargos trabalhistas, fiscais e comerciais devidos pelo contratado não serão transferidos para a Administração contratante; apenas os encargos previdenciários geram a responsabilidade solidária da Administração Pública.

A inexecução dolosa ou culposa (decorrente de negligência, imprudência ou imperícia) leva à responsabilização civil do contratado, mas há hipóteses em que se apresenta justificada a inexecução contratual; aplica-se a estas a chamada teoria da imprevisão, como causa justificadora da inexecução do contrato (força maior, caso fortuito, fato do príncipe, fato da Administração e interferências imprevistas). Assim, tem-se a possibilidade da *inexecução culposa* (não cumprimento das cláusulas contratuais, seja em razão de ação ou omissão culposa ou dolosa do contratado), como também a *inexecução sem culpa*, que pressupõe causa justitificadora do não cumprimento contratual (v. g., for-

ça maior ou caso fortuito). Se a Administração descumpre o contrato (inexecução sem culpa do contratado), dará ensejo à rescisão e ao ressarcimento dos prejuízos comprovadamente havidos, além da liberação da garantia oferecida.

8.10. TEORIA DA IMPREVISÃO

A mutabilidade do contrato administrativo é apontada como característica do contrato, por sua conta podendo a Administração alterar, ainda que unilateralmente, o que tiver sido pactuado. A mutabilidade, porém, pode decorrer de fatos estranhos à vontade das partes, ou à vontade do contratado e que, por sua direta ou indireta incidência no contrato, inviabiliza a sua execução na forma pactuada.

A *álea (ou risco) pode ser administrativa ou econômica*, que onera ou impõe impedimentos à execução do contrato. Aplica-se, na hipótese, a cláusula *rebus sic stantibus*, para o fim de ajustar o contrato à nova situação vivida pelas partes. São requisitos para a sua aplicação: a *anormalidade,* a *imprevisibilidade* e a *ausência de desejo das partes para a sua ocorrência*. Dá-se a aplicação da teoria da imprevisão.

Eventos decorrentes da vontade do homem, da força da natureza, da vontade da Administração ou do Estado podem incidir sobre o contrato, promovendo uma mutação na situação fática e jurídica capaz de inviabilizar a execução tal como planejado. Tais situações excepcionais, desde que não desejadas pelas partes e cujos efeitos não possam mesmo ser suportados, podem levar à justificação da inexecução. O ônus da prova será daquele que invocar o evento inesperado como causa justificadora de sua conduta, e a menor contribuição para o resultado verificado pode vir a justificar a apuração da responsabilidade civil e administrativa. Constituem causas justificadoras da inexecução, como dito: a *força maior,* o *caso fortuito,* o *fato do príncipe,* o *fato da Administração* e as *interferências imprevistas.*

8.10.1. CASO FORTUITO

Evento decorrente da vontade do homem que repercute negativamente na execução do contrato, impondo, não por desejo das partes (em especial do contratado), obstáculo intransponível, que não

pode ser evitado. Exemplos: greve, paralisação de trabalhadores, rebeliões, conturbações sociais etc.

Não há distinção legal entre *caso fortuito* e *força maior*, mas há quem estabeleça que para o *caso fortuito* há relação com evento produzido pela própria Administração ou pelo contratado, reservando a *força maior* para eventos indesejados e decorrentes de fatores externos, advindos da natureza (como inundações, enchentes, alterações climáticas etc.). Não há, portanto, diferença legal e as discrepâncias são apenas doutrinárias. Interessa saber se o evento pode ou não ser atribuído à conduta do contratado, que por ação ou omissão gerou o resultado indesejado que impede a execução do contrato. Se o resultado não puder ser atribuído a ele (contratado), mas à Administração contratante ou a fatores externos, tem-se a causa justificadora da inexecução.

8.10.2. FORÇA MAIOR

Evento decorrente da força da natureza que, por ausência de qualquer intenção das partes, impõe obstáculo à execução regular do contrato, sem que possa ser evitado. Exemplos: enchentes, inundações, tufões, vendavais etc.

8.10.3. FATO DO PRÍNCIPE

Fait du prince é todo ato geral, imprevisível, do Poder Público que, incidindo indireta ou reflexamente no contrato, onera de modo substancial a sua execução ou impõe obrigação insuportável para o contratado, como, por exemplo, a de importação de produtos cujo fornecimento tenha sido contratado. Há quem entenda o fato do príncipe residente apenas no poder de alterar unilateralmente o contrato, mas tal entendimento resta vencido na doutrina.

8.10.4. FATO DA ADMINISTRAÇÃO

É o ato da Administração que, incidindo diretamente sobre o contrato, impede a sua regular execução, equiparando-se, nos efeitos, à força maior, como ocorre, por exemplo, na interrupção prolongada e imotivada de pagamentos devidos ao contratado ou na não liberação de área, local ou objeto necessário à execução do contrato.

8.10.5. INTERFERÊNCIAS IMPREVISTAS

Aponta a doutrina, ainda, a possibilidade de ocorrência de fatos materiais imprevistos, mas existentes ao tempo da celebração do contrato, nominando a hipótese de interferências imprevistas, ou de fatos imprevistos. Tome-se, como exemplo, a diversidade de terrenos conhecidos somente no curso da execução de uma obra pública, tornando ainda mais complexa e onerosa a execução do contrato.

8.10.6. DISTINÇÕES E CONSIDERAÇÕES FINAIS

Fato do príncipe	*Fato da Administração*
Ato do Poder Público/estatal	Ato da Administração
Geral	Específico
Incidência reflexa	Incidência direta

A teoria da imprevisão, ou o reconhecimento de situação fática estranha ao desejo das partes, imprevisível no momento da formalização da avença e que produz forte alteração no contrato, dificultando, retardando ou impedindo a sua execução, ante o rompimento do equilíbrio econômico-financeiro, coincide com a chamada cláusula *rebus sic stantibus*, própria dos contratos do direito privado. Distingue-se, assim, do fato do príncipe, que se resume no indesejado ato geral do Poder Público, que repercute negativamente no cumprimento do contrato. Há, contudo, firme reconhecimento doutrinário de similitude de ambos, na medida em que cuidam de atos e fatos que repercutem no contrato, rompendo a equação econômica e financeira. A propósito, tem-se na Lei n. 8.666/93 redação confusa (art. 65, II, *d*), que, desavisadamente, fundamenta todos nas mesmas situações ou fatores (teoria da imprevisão, fato do príncipe, fato da Administração e interferências imprevistas), como se entre eles houvesse similitude.

9 MODALIDADES — CONTRATOS EM ESPÉCIE

As principais modalidades de contratos administrativos são: *contrato de obra pública, contrato de serviço, contrato de fornecimento, contrato de concessão, contrato de gerenciamento, contrato de gestão*.

A doutrina classifica os contratos, ainda, como sendo *de colaboração* e *de atribuição*, conforme o interesse predominante.

9.1. CONTRATO DE OBRA PÚBLICA (CONTRATO DE COLABORAÇÃO)

É todo contrato que tem por objeto uma construção, uma reforma ou uma ampliação de obra pública, podendo ser por empreitada (por preço unitário, global ou integral) ou tarefa. A celebração, via de regra, depende de licitação, mas independe de autorização legislativa.

O regime de execução (empreitada ou tarefa) retrata a forma de apuração da remuneração devida ao contratado (contraprestação a ser arcada pela Administração). Objetivamente:

a) *empreitada*: a contraprestação (remuneração) é previamente fixada por preço certo, ainda que reajustável (*preço global*); por preço certo de unidades determinadas (*preço unitário*); por preço certo e cujo pagamento se dará ao final (*integral*);
b) *tarefa*: a contraprestação é devida na proporção em que é realizada a obra, periodicamente, após medição da Administração.

9.2. CONTRATO DE SERVIÇO (CONTRATO DE COLABORAÇÃO)

É todo ajuste que tem por objeto a prestação de uma atividade, pelo contratado, à Administração. Os serviços podem ser comuns ou técnicos profissionais (generalizados ou especializados).

Serviços comuns: independem de habilitação específica, especial e não são privativos de categoria profissional, devendo ser contratados sempre por licitação, salvo se dispensável em razão do valor do contrato.

Serviços profissionais: exigem habilitação especial, que pode ser o registro do profissional ou a conclusão de curso técnico ou universitário. Podem ser: generalizados ou especializados:

a) *Serviços profissionais generalizados*: carecem de habilitação profissional, mas não exigem para seu exercício conhecimentos técnicos incomuns a todo e qualquer profissional. Exigem licitação. Exemplos: serviços de engenharia, arquitetura, advocacia.

b) *Serviços profissionais especializados*: carecem de habilitação profissional e exigem o emprego de conhecimentos técnicos e científicos incomuns, podendo autorizar a contratação direta ante a inexigibilidade da licitação. A contratação direta exige, além da qualificação, a notória especialização do profissional (Lei n. 8.666/93, art. 25, § 1º). A Lei de Licitações arrola os serviços que considera técnicos profissionais especializados: estudos, planejamentos, projetos, consultorias, auditorias, fiscalização, gerenciamento, supervisão de obras, patrocínio de causas judiciais ou administrativas etc.

Há, contudo, que se ter cuidado. Não basta que o serviço seja técnico profissional especializado para que seja admitida a direta contratação; é imperiosa a concorrência dos demais requisitos especificados na lei. Assim, um advogado não será contratado diretamente para, por exemplo, promover uma ação de execução por crédito fiscal sem que antes seja realizada a licitação, ou aproveitado o quadro de procuradores jurídicos municipais. Mas poderá eventualmente ser contratado um advogado, jurista de renomada, para promover uma sustentação oral em tribunais superiores, ante a notoriedade de sua especialização, da singularidade do serviço necessário, ou seja, da verificação dos requisitos objetivos traçados na lei.

9.3. CONTRATO DE FORNECIMENTO (CONTRATO DE COLABORAÇÃO)

São os contratos de compra que preveem a aquisição de bens móveis pela Administração, tais como materiais ou produtos de qualquer natureza. Identificam-se aos contratos de compra regidos pelo direito privado. As aquisições devem ser licitadas, salvo se o valor autorizar a dispensa de licitação.

A aquisição — ou contrato de fornecimento — pode ser de três modalidades: *integral*, *parcelada* ou *fornecimento contínuo*. Na primeira hipótese o contrato exaure-se com a entrega da coisa adquirida. Na segunda, apenas com a entrega final, e na terceira, como a entrega é sucessiva, nas datas prefixadas.

9.4. CONTRATO DE CONCESSÃO

A concessão pode ser de obra pública, de serviço público e de uso de bem público.

A natureza jurídica dos contratos de concessão acolhe grande divergência doutrinária. Há quem sustente representar um ato unilateral do Poder Público, dois atos unilaterais (do Poder Público e do particular) e há quem entenda ser contrato regido pelo direito privado, pelo direito público ou por ambos (misto). Mas concessões possuem a natureza de contratos administrativos, regidos pelo direito público (daí a imposição nesse tópico da análise sem prejuízo do estudo sistematizado em capítulo próprio — "Serviços Públicos").

O regime de contratação rotulado de "parceria público-privada" está regulado pela Lei n. 11.079/2004, sendo aplicável às concessões de serviços ou de obras públicas, como adiante explicitado (item 13).

9.4.1. CONCESSÃO DE OBRA PÚBLICA

É o contrato pelo qual a Administração transfere, mediante remuneração indireta e por prazo certo, ao particular a execução de uma obra pública, a fim de que seja executada por conta e risco do contratado. A remuneração será paga pelos beneficiários da obra ou pelos usuários dos serviços dela decorrentes, como ocorre com as praças de pedágio. Exige a realização de licitação, na modalidade de concorrência, e depende de lei autorizativa.

9.4.2. CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO

Contrato pelo qual a Administração transfere ao particular a prestação de serviço a ela cometido, a fim de que o preste em seu nome, por sua conta e risco, mediante remuneração paga pelo usuário. Apenas a execução do serviço é transferida à pessoa jurídica, ou consórcio de empresas, permanecendo a titularidade com o Poder Público. Exige licitação segundo a modalidade concorrência. As concessões recebem tratamento e previsão constitucional (CF, art. 175), sendo reguladas pela Lei n. 8.987/95, que traça normas gerais. Sobre a matéria, apenas a União pode legislar fixando normas gerais (CF, art. 22, XXVII). As concessões e permissões dos serviços de energia elétrica estão reguladas pela Lei n. 9.074/95; as concessões de serviço de radiodifusão sonora e de sons, pela Lei n. 8.977/95; os serviços de telecomunicações estão regidos pela Lei n. 9.472/97.

A rescisão unilateral do contrato enseja a chamada encampação do serviço público, correspondendo à retomada coativa pelo poder concedente. A rescisão por inadimplência permite a caducidade da concessão. A reversão decorre da extinção da concessão, incorporando-se ao patrimônio público os bens do contratado, desde que apurada a justa indenização.

Difere das permissões, que não possuem tecnicamente natureza negocial, contratual, mas de mero ato unilateral, discricionário. As permissões dependem de licitação, tal como ocorre com as concessões. Conquanto não seja próprio, aquelas podem ter prazo certo (permissões condicionadas ou qualificadas). A despeito das desigualdades, possuem hoje o mesmo tratamento jurídico, salvo pela precariedade própria dos atos discricionários (sobre o assunto *v.* o capítulo "Serviços Públicos").

Em razão da Lei n. 11.079/2004, foi instituído o regime de contratação denominado "parceria público-privada", mas a Lei n. 8.987/95 segue sendo aplicável às concessões em geral. Assim, há modalidades distintas de concessões de obras ou de serviços públicos:

a) concessões comuns, regidas pela Lei n. 8.987/95;

b) concessões patrocinadas, regidas pela Lei n. 11.079/2004;

c) concessões administrativas, regidas pela Lei n. 11.079/2004.

Para as duas últimas modalidades são aplicáveis, subsidiariamente, as regras gerais fixadas na Lei n. 8.987/95 (*v.* item 13 e Capítulo III, item 15).

9.5. CONTRATO DE GERENCIAMENTO

Trata-se do contrato pelo qual o Poder Público transfere ao contratado a condução de um empreendimento, conservando, porém, a capacidade decisória. É atividade de mediação, representativa de serviço técnico profissional especializado, comum nas grandes obras (como nas hidroelétricas, rodovias etc.). Será o particular o controlador, condutor, gerenciador da obra, atuando como mediador.

O contrato de gerenciamento não se confunde com a figura da "Administração contratada", objeto de veto presidencial. Naquela espécie de contrato, a Administração remunera o custo e a comissão

devida pelos serviços do contratado, que tem amplas atribuições: contrata pessoas, adquire bens e equipamentos, executa os serviços. A falta de previsão do custo final e a ausência de controle pela Administração não recomendam a adoção dessa espécie. No contrato de gerenciamento, a Administração não é despojada de poder de decisão (os que deverão ser contratados, os custos, a imposição de penalidades), apenas contará com os serviços do contratado (assessoria, consultoria, fiscalização), como dito, em autêntico trabalho de mediação com executores do empreendimento.

9.6. CONTRATO DE GESTÃO

Contrato administrativo pelo qual o Poder Público (contratante) instrumentaliza parceria com o contratado (entidade privada ou da Administração Pública indireta), constituindo autêntico acordo operacional, mediante o qual o contratante passa a ser destinatário de benefícios previstos em lei. Tratando-se de contrato de gestão firmado com entidade privada, o Poder Público fixará metas a serem atingidas pela contratada, ante a concessão de benefícios. Cuidando-se de contrato firmado com entidade da Administração indireta, por ele há sujeição às metas fixadas e liberação do controle exercido pela entidade estatal que as instituiu. A Constituição Federal expressamente prevê essa modalidade contratual (art. 37, § 8º) como meio de ampliação da autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos e entidades da Administração direta e indireta.

As organizações sociais vinculam-se contratualmente à Administração por essa modalidade contratual (Lei n. 9.637/98).

10 CONVÊNIOS

Convênio corresponde a acordo de vontades pelo qual o Poder Público firma associação com entidades públicas ou privadas, visando o atingimento de interesses comuns. Difere substancialmente dos contratos porque: **a)** os interesses não são conflitantes, mas comuns; **b)** há mútua colaboração entre os partícipes do acordo; **c)** os pagamentos são integralmente voltados para a consecução do objetivo expresso no instrumento, e não como contraprestação remuneratória. Os convênios estabelecem formas de cooperação.

A Constituição, no art. 241 (com redação dada pela EC n. 19/98), prevê a formalização de convênios e consórcios como forma de "gestão associada de serviços públicos". É aplicável aos convênios a Lei n. 8.666/93, quando possível ou existente a possibilidade de livre disputa de propostas (a lei manda aplicar, no "que couber", aos convênios — art. 116, *caput*), como também as normas gerais previstas na Lei n. 11.107/2005, que versa sobre as normas gerais aplicáveis aos consórcios públicos, como, por exemplo, a possibilidade de responsabilização dos agentes responsáveis na forma da Lei de Improbidade (Lei n. 8.429/92, art. 10, XIV).

11 CONSÓRCIOS

Correspondem a ajustes de vontade firmados por entidades estatais da mesma espécie (Municípios, Estados-Membros), visando interesses comuns. Possuem tratamento jurídico assemelhado aos convênios, não restando a instituição de uma nova pessoa jurídica. Na execução do consórcio haverá o emprego de recursos públicos, logo, haverá a incidência da Lei n. 8.666/93 e de outras normas de controle (como a fiscalização pelo Tribunal de Contas) dos repasses e de aplicação.

Tratando-se de ajuste firmado por entidades de espécie diversa (União e Estados, por exemplo), tem-se o convênio, e não o consórcio administrativo. O Supremo Tribunal Federal já decidiu ser inconstitucional a exigência de autorização legislativa para ser firmado o consórcio. Normalmente este estabelece a criação de uma comissão executiva encarregada da sua administração. A responsabilidade, porém, recairá em todos os partícipes do consórcio, que não possui personalidade jurídica própria, a exemplo de sua comissão executiva.

12 CONSÓRCIOS PÚBLICOS

A gestão associada de serviços públicos ganhou, a partir de 6 de abril de 2005, novo importante instrumento de atuação, os chamados *consórcios públicos*, previstos desde então na Lei n. 11.107/2005, que regulamentou o disposto no art. 241 da Constituição Federal. A referida lei estabelece normas gerais de contratação dos consórcios públicos e tais normas são aplicáveis à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios.

O propósito é o de permitir a conjugação de recursos materiais, financeiros e humanos de cada um dos consorciados para o desenvolvimento de ações conjuntas, assegurando-se eficiência e economicidade.

12.1. PERSONALIDADE JURÍDICA E CONSTITUIÇÃO

Os consórcios públicos possuem personalidade jurídica própria (diversamente do que ocorria segundo o modelo tradicional — itens 9 e 10) e integram a Administração indireta, podendo ser constituídos sob a forma de *associação pública* ou com a personalidade jurídica de direito público (Lei n. 11.107/2005, art. 1º, § 1º). A personalidade jurídica de direito público é adquirida mediante a vigência das leis de ratificação do protocolo de intenções (art. 6º, I) e a personalidade jurídica de direito privado, na forma da lei civil (art. 6º, II). A lei somente atribui a natureza de entidade da Administração para os consórcios de direito público, mas expressamente ordena a submissão ao regime jurídico de direito público também para os que tenham recebido a personalidade jurídica de direito privado (art. 6º, §§ 1º e 2º). De relevo notar que a pessoa jurídica criada a partir do consórcio terá, diferentemente do que ocorre sempre, *prazo certo de duração.*

A Lei n. 11.107/2005 alterou o art. 41, IV, do Código Civil, que passou a prever a existência de associações públicas como espécies de pessoas jurídicas de direito público, ao lado das autarquias. Seriam, assim, uma subespécie de autarquias as tais associações públicas.

Os consórcios são constituídos por contratos administrativos. A celebração depende da prévia subscrição de protocolo de intenções (art. 3º) e da ratificação, por lei, do protocolo de intenções (art. 5º). A decisão de participar ou não do consórcio é, assim, de cada ente federado e, ainda que estabeleçam obrigações recíprocas, detêm a natureza de ajuste, de pacto de cooperação, ou de instrumento de cooperação associativa, e não propriamente a natureza jurídica contratual que lhes atribuiu a lei.

12.2. NORMAS COMUNS AOS CONSÓRCIOS PÚBLICOS

A lei preserva a autonomia de cada ente federado, que deve decidir com autonomia se participa ou não do consórcio. O prévio

entendimento deve ser expresso no *protocolo de intenções* subscrito pelos partícipes e do qual constarão cláusulas obrigatórias.

A área de atuação poderá ser: **a)** *de Municípios*, quer envolva apenas Municípios ou também o Estado-Membro e Municípios com territórios nele contidos; **b)** *de Estados ou dos Estados e do Distrito Federal*, quando constituído por mais de um Estado ou por um ou mais Estados e o Distrito Federal; **c)** *de Municípios e do Distrito Federal*, quando constituído por Municípios e o Distrito Federal. A União somente participará de consórcios em que também façam parte todos os Estados em cujos territórios estejam situados os Municípios consorciados (Lei n. 11.107/2005, art. 1º, § 2º).

Os consórcios poderão: **a)** firmar convênios, contratos, acordos de qualquer natureza; **b)** receber auxílios, contribuições, subvenções; **c)** ser contratados pela Administração Pública direta ou indireta, independentemente de licitação; **d)** celebrar concessões, permissões e autorizações de serviço público, observada a legislação própria; **e)** emitir documentos de cobrança, arrecadar tarifas ou preços públicos pela prestação de serviços ou pela cessão de bens públicos. Apenas os consórcios que possuam personalidade jurídica de direito público poderão, no entanto, promover desapropriações ou instituir servidões.

Para a consecução dos objetivos do consórcio, os entes consorciados poderão ceder-lhe servidores (observada a lei local), devendo o protocolo de intenções estabelecer as formas de provimento e a remuneração dos empregados públicos e as hipóteses de contratação por tempo determinado.

A fiscalização contábil, operacional e patrimonial será exercida pelo Tribunal de Contas competente para apreciar as contas do Chefe do Executivo que atuar como representante legal do consórcio, sem prejuízo da fiscalização exercida em razão de cada ente consorciado.

A retirada do ente consorciado dependerá de ato de vontade, expresso por seu representante na assembleia geral e na forma prevista em lei.

Os consorciados deverão celebrar *contrato de programa*, que estabeleça as obrigações e deveres assumidos por cada ente consorciado. Prevendo o contrato de consórcio, o contrato de programa também poderá ser celebrado por entidades da Administração indireta de qual-

quer dos entes consorciados. (Assim, por exemplo, uma empresa pública de um Município consorciado poderá celebrar tal contrato com o consórcio de que faça parte o seu Município.)

A retirada de consorciado ou a extinção do consórcio podem produzir a reversão de bens, mas desde que assim disponha o contrato de consórcio ou o instrumento de transferência ou alienação.

Os agentes públicos incumbidos da gestão do consórcio responderão pelos atos praticados em desacordo com a lei ou com as disposições dos respectivos estatutos (art. 10). A responsabilidade poderá ser civil, criminal e administrativa. A lei de improbidade administrativa passou a descrever condutas próprias para a celebração indevida do consórcio público (Lei n. 8.429/92, art. 10, XIV e XV).

12.3. ESPÉCIES DE CONTRATO

A constituição dos consórcios públicos pode envolver três diferentes espécies de contratos, todos sujeitos ao regime jurídico-administrativo:

1) *Contrato de constituição do consórcio*: sempre precedido de *protocolo de intenções* e de ratificação por lei de cada ente consorciado. O *protocolo* deverá prever obrigatoriamente (art. 4º): **a)** a denominação, a finalidade, o prazo de duração e a sede do consórcio; **b)** a atribuição da personalidade jurídica; **c)** a forma de eleição do representante legal (a ser sempre um dos Chefes do Executivo do ente consorciado) e os critérios de representação perante outras esferas de governo; **d)** normas de funcionamento e de convocação da assembleia geral; **e)** a autorização para licitar e outorgar concessões, permissões ou autorizações de serviços públicos; **f)** o direito de exigir o cumprimento de obrigações previstas no contrato.

2) *Contrato de rateio*: instrumento contratual celebrado por cada um dos entes federados com o consórcio constituído e que descreverá as obrigações financeiras de cada um, sendo formalizado em cada exercício financeiro e com prazo de vigência igual ao das dotações orçamentárias, salvo se o projeto estiver previsto em plano plurianual ou se as ações forem custeadas por tarifas ou preços públicos (art. 8º, § 1º). As obrigações previstas no contrato poderão ser exigidas pelos demais consorciados, isolada ou conjuntamente.

O consorciado que deixar de consignar, em sua lei orçamentária, ou em créditos adicionais, as dotações necessárias para atender às despesas assumidas no contrato de rateio ficará sujeito à exclusão. Em se tratando de consórcio sob a forma de associação, será aplicável o disposto no art. 5º da Lei n. 11.107/2005, que prevê a instauração de procedimento próprio, assegurado o direito de defesa e de recurso, na forma estipulada no estatuto.

Por fim, a formalização do consórcio e do contrato de rateio, sem que haja suficiente e prévia dotação orçamentária, ou sem as formalidades legais, constituirá ato de improbidade administrativa (Lei n. 8.429/92, art. 10, XV).

3) *Contrato de programa*: instrumento contratual que operacionaliza as obrigações assumidas por cada um dos consorciados. Poderá ser celebrado entre um ente da Federação e um consórcio público e, se previsto no contrato de consórcio, poderá ser celebrado com entidades da Administração indireta de qualquer dos consorciados, devendo, ainda, atender à legislação pertinente às concessões e permissões de serviços públicos. Deverá descrever procedimentos que garantam a transparência da gestão econômica e financeira e, envolvendo a transferência de encargos, serviços, pessoal e bens, deverá conter cláusulas obrigatórias (por exemplo, a responsabilidade solidária, a indicação de quem arcará com o ônus e os passivos do pessoal transferido, a identificação dos bens, a reversão de bens, além de outras indicadas no art. 13 da Lei n. 11.107/2005).

O contrato de programa continuará vigendo mesmo após a extinção do consórcio público. No caso de contratação do consórcio por entidade da Administração indireta, o contrato será extinto automaticamente se a entidade contratante perder essa condição (ou seja, se deixar de ser entidade da Administração, por exemplo, se promovida a sua privatização).

12.4. ALTERAÇÕES LEGISLATIVAS

A *Lei dos Consórcios Públicos* trouxe importantes alterações em outros textos legais, como o Código Civil, a Lei de Licitações e a Lei de Improbidade Administrativa, a saber:

a) Código Civil: passou o art. 41, IV, a prever a existência de mais uma espécie de pessoa jurídica de direito público — as associações públicas;

b) Lei n. 8.666/93 (Lei de Licitações e Contratos): alterados os arts. 23, 24, 26 e 112, para prescreverem: a possibilidade de realização de licitação pelos consórcios públicos (art. 112), a possibilidade de contratação direta, por dispensa de licitação, na celebração de contrato de programa em ente da Federação ou com entidade de sua administração indireta, desde que o contrato tenha por objeto a prestação de serviços públicos de forma associada nos termos do convênio de cooperação ou do instrumento contratual do consórcio; o acréscimo de 20% nos percentuais previstos nos incisos I e II do art. 24 da Lei n. 8.666/93 para compras, obras e serviços contratados por consórcios públicos, dentre outras modificações;

c) Lei n. 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa): acrescidos dois incisos ao art. 10, que versa sobre os atos de improbidade administrativa que causam lesão ao patrimônio público: a celebração de contrato ou qualquer outro instrumento que tenha por objeto a prestação de serviços públicos por meio da gestão associada sem a observância das regras legais (inciso XIV) e a celebração de contrato de rateio sem suficiente e prévia dotação orçamentária ou sem as formalidades legais (inciso XV).

13 PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA

O regime jurídico denominado "parceria público-privada" é aplicável às concessões de serviços públicos ou concessões de obras públicas que envolvam a realização de investimentos pelo Poder concedente, subsistindo as concessões comuns, regidas pela Lei n. 8.987/95. Trata-se, assim, de um novo regime jurídico, aplicável a determinadas concessões de obras ou de serviços públicos. Diga-se que não se trata de forma de privatização, mas de novo instrumento de concessão da exploração de serviços ou de obras públicas.

O regime de contratação adotado pela Lei n. 11.079/2004 (PPPs) não revogou ou modificou o regime geral resultante da Lei n. 8.987/95, que segue aplicável às concessões e permissões comuns. O

novo regime é originário da Inglaterra, acolhido também pela Austrália, Portugal, Irlanda e Chile, e almeja constituir fonte de recursos para suprir a demanda de investimentos essenciais, como transportes coletivos, saneamento básico, energia elétrica, saúde pública etc.

Concebeu-se, assim, modelo de contratação que admite a delegação de concessão ao setor privado, mas que também permite a realização de contrapartidas pecuniárias pelo setor público.

O móvel da instituição do novo regime de contratação foi a histórica carência de recursos públicos para investimentos em obras e serviços públicos de infraestrutura e a ausência de interesse privado na realização de investimentos em setores incapazes de gerar remuneração direta. Antes mesmo da Lei nacional n. 11.079/2004, diversos Estados-Membros já haviam legislado sobre a matéria, como Minas Gerais, Lei n. 14.868/2003; Goiás, Lei n. 14.910/2004; Santa Catarina, Lei n. 12.930/2004; e São Paulo, Lei n. 11.688/2004 (*v.* item 15 do Capítulo III). Mais recentemente, o Estado do Rio Grande do Sul, pela Lei n. 12.234/2005, instituiu o regime aplicável às contratações da Administração estadual.

Quadro sinótico – Contratos administrativos

Características	Administração como contratante. Finalidade. Formalismo. Procedimento.	
	Cláusulas exorbitantes	— alteração e rescisão unilaterais; — manutenção do equilíbrio econômico e financeiro; — inoponibilidade de contrato não cumprido; — controle do contrato; — penalidades.
Inexecução contratual: teoria da imprevisão	Caso fortuito. Força maior. Fato do príncipe. Fato da administração. Interferências imprevistas.	

Modalidades	Contrato de obra pública. Contrato de serviço. Contrato de fornecimento. Contrato de concessão. Contrato de gerenciamento. Contrato de gestão.
Consórcios públicos	Lei n. 11.107/2005: regulamentou o disposto no art. 241 da CF.
Parceria público-privada	Regime jurídico aplicável às concessões de serviços públicos ou concessões de obras públicas que envolvam realização de investimentos do Poder concedente, subsistindo as concessões comuns, regidas pela Lei n. 8.987/95; Legislação: Lei n.11.079/2004.

Capítulo III
SERVIÇOS PÚBLICOS

1 CONCEITO

Serviço público, em sentido literal, corresponde à atividade que tenha por destinatário ou responsável o Poder Público. O conceito jurídico de serviço público varia conforme o critério que se adote. Em *sentido formal*, corresponde o serviço público à tarefa exercida sob a influência de normas de direito público; em *sentido material*, corresponde à atividade que atende aos interesses ou necessidades da coletividade; em *sentido orgânico* — ou subjetivo —, corresponde à atividade prestada pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes. Combinando-se as conceituações doutrinárias, tem-se: *serviço público corresponde a toda atividade desempenhada direta ou indiretamente pelo Estado, visando solver necessidades essenciais do cidadão, da coletividade ou do próprio Estado*.

2 PRESSUPOSTOS

Da proposta conceitual extraem-se os pressupostos para que dada atividade material possa ser considerada como "serviço público". Trata-se de atividade a cargo da Administração Pública, criada, regulada e fiscalizada pelo Poder Público e por ele prestada ou delegada a terceiros. Cuida-se, ainda, de atividade orientada à satisfação das necessidades, conveniências ou utilidade da sociedade ou do próprio Estado e, por fim, sujeita à regulação por normas de direito público.

3 DEVER DE PRESTAR

Ao Poder Público incumbe a prestação de serviços públicos (CF, art. 175), podendo seu desempenho — ou gestão — ser direto ou indireto. A prestação indireta do serviço público decorre: **a)** da insti-

tuição de pessoas jurídicas de direito público ou de direito privado criadas com essa finalidade; **b)** de concessões; **c)** de permissões.

Aos Municípios é confiado o dever de prestar maior gama de serviços públicos, posto ser de sua competência todo aquele que toque o seu "peculiar interesse" ou o "interesse local" (CF, art. 30, V). À União compete, além dos comuns a Estados e Municípios (CF, art. 23), os que lhe são privativos (CF, art. 21). Aos Estados somente os remanescentes podem ser atribuídos (CF, art. 25, § 1º), excetuada uma única hipótese: distribuição de serviço de gás canalizado (CF, art. 25, § 2º).

4 CLASSIFICAÇÃO

Os serviços públicos estão classificados de diversas formas pela doutrina. Para Hely Lopes Meirelles, eles podem ser agrupados segundo critérios próprios:

Quanto à essencialidade:

a) serviços públicos propriamente ditos;

b) serviços de utilidade pública.

Quanto à adequação:

c) serviços próprios do Estado;

d) serviços impróprios do Estado.

Quanto à finalidade:

e) serviços administrativos;

f) serviços industriais.

Quanto aos destinatários:

g) serviços gerais ou *uti universi*;

h) serviços individuais ou *uti singuli*.

Vejamos alguns:

a) *Serviços públicos propriamente ditos*, ou essenciais, são os imprescindíveis à sobrevivência da sociedade e, por isso, não admitem delegação ou outorga (polícia, saúde, defesa nacional etc.). São chamados de pró-comunidade.

b) *Serviços de utilidade pública*, úteis, mas não essenciais, são os que atendem ao interesse da comunidade, podendo ser prestados diretamente pelo Estado, ou por terceiros, mediante remuneração paga

pelos usuários e sob constante fiscalização (transporte coletivo, telefonia etc.). São nominados de pró-cidadão.

c) *Serviços industriais* são os que produzem renda para aquele que os presta. A remuneração decorre de tarifa ou preço público, devendo ser prestados por terceiros e pelo Estado, de forma supletiva (CF, art. 173).

d) *Serviços gerais*, ou de fruição geral (*uti universi*), são os que não possuem usuários ou destinatários específicos e são remunerados por tributos (calçamento público, iluminação pública etc.).

e) *Serviços individuais*, ou de fruição individual (*uti singuli*), são os que possuem de antemão usuários conhecidos e predeterminados, como os serviços de telefonia, de iluminação domiciliar. São remunerados por taxa ou tarifa.

Têm-se, assim, serviços delegáveis (serviços pró-cidadão, de utilidade pública) e indelegáveis (serviços pró-comunidade, essenciais ou propriamente ditos).

Discute-se acerca da possibilidade de interrupção na prestação de serviços públicos em razão do não pagamento pelo usuário. Os remunerados por tributos não admitem a paralisação (serviços gerais ou *uti universi*). Os demais podem ou não admiti-la conforme a natureza. Serviços essenciais à população, como pensamos, não autorizam a interrupção no fornecimento, porque indispensáveis e vinculados ao princípio da continuidade. Incidem para as concessionárias de serviços públicos as normas do CDC (arts. 22 e 42), e o não fornecimento pode constituir-se meio ilegal de cobrança da tarifa ou multa (*v.* STJ, ROMS 8.915/MA, 17-8-1998, Min. José Delgado). No entanto, tem sido admitida a interrupção com fundamento no art. 6º, § 3º, II, da Lei n. 8.987/95 (que estabelece normas gerais para as concessões e permissões). A Lei n. 11.445/2007 (saneamento básico) prevê que o inadimplemento do usuário do serviço de abastecimento de água pode gerar a interrupção, mas desde que o usuário tenha sido previamente notificado (art. 40, V).

5 PRINCÍPIOS

Continuidade do serviço público (ou permanência); *generalidade* (impessoalidade — igual ou acessível a todos); *isonomia*; *eficiência* (aperfei-

çoamento e melhor técnica na prestação); *modicidade* (custo não proibitivo); *cortesia* (adequado atendimento); *atualidade* (adequação técnica do serviço prestado) constituem os princípios informadores dos serviços públicos.

5.1. CONTINUIDADE DO SERVIÇO PÚBLICO

O princípio obriga a prestação ininterrupta da atividade identificada como serviço público, colocando-o à fruição do usuário que dele necessita para a satisfação de suas necessidades. O serviço público deve ser acessível e prestado de forma contínua. O princípio não proíbe a interrupção justificada da prestação do serviço e que pode decorrer do não atendimento, pelo usuário, de exigências próprias (não observa as condições impostas para a fruição do serviço), do não pagamento da remuneração imposta (taxas, tarifas ou preços públicos, conforme a natureza do serviço) ou, ainda, das necessidades próprias do prestador de serviços.

Como visto antes, acerca da interrupção no fornecimento ou prestação do serviço em razão do não pagamento pelo usuário há grande dissenso. Entre as teses defendidas, há a que não admite a suspensão dos serviços compulsórios, impositivos para o usuário, e há as que admitem a interrupção nos serviços de fruição facultativa, remunerados por preço público e desde que o usuário seja notificado previamente. Se a própria Administração Pública for a usuária do serviço público, não deve ser admitida a interrupção, sob pena de comprometimento de outros serviços públicos (instituições de ensino, correios, repartições públicas etc.). Por vezes, no entanto, noticia-se a interrupção em razão do inadimplemento da Administração-usuária, admitindo-se o corte, por exemplo, de energia elétrica em museus, escolas, hospitais, câmaras municipais. O Superior Tribunal de Justiça, decidindo a questão, fixou a impossibilidade em razão da natureza da atividade exercida pelo órgão ou entidade pública, excluindo, por exemplo, a possibilidade de corte para os serviços essenciais (REsp 460.271/SP).

5.2. GENERALIDADE

Os serviços públicos devem permanecer acessíveis a qualquer usuário que deles necessite, obrigando o Poder Público a prestá-los de forma indiscriminada ou com o intuito de atender a toda a comunidade.

5.3. IGUALDADE ENTRE OS USUÁRIOS — ISONOMIA

O prestador do serviço público não pode, ressalvadas as hipóteses de discriminação decorrente de imperativo legal, estabelecer tratamento diferenciado entre os usuários, tratando-se, ainda, de direito básico assegurado a todos os consumidores (CDC, art. 6º). A igualdade de tratamento, por óbvio, deve respeitar as condições pessoais dos consumidores-usuários e, por isso, admitem-se discriminações positivas (idosos, pessoas com deficiência, hipossuficientes economicamente etc.).

5.4. EFICIÊNCIA

O serviço deve ser prestado de modo a atender efetivamente as necessidades do usuário, do Estado e da sociedade, com baixo custo e maior aproveitamento possível.

5.5. ATUALIDADE

O princípio obriga que o prestador do serviço aplique a melhor técnica, empregando tecnologia adequada e realizando periódicas atualizações ou investimentos a fim de permitir a efetiva eficiência na execução das atividades materiais sob sua responsabilidade.

5.6. MODICIDADE DAS TARIFAS

O princípio impede que o fator econômico (custo) se traduza em fato impeditivo para a fruição do serviço público. Associado à acessibilidade, a modicidade exige que a política tarifária observe o poder econômico daqueles que usufruem dos serviços públicos.

5.7. CORTESIA

Todos merecem tratamento cordato, respeitoso, da Administração Pública e de seus agentes, e estes, na prestação dos serviços públicos, devem ser preparados para atender, com aqueles parâmetros, os usuários de forma indiscriminada.

6 DIREITOS DO USUÁRIO

O Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90) equipara o prestador de serviços públicos a "fornecedor" e o serviço a "pro-

duto", dispondo que "Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos" (art. 22, *caput*).

A Lei n. 8.987/95, que fixa normas gerais sobre concessões e permissões de serviços públicos, também arrola os direitos dos usuários, dentre eles: **a)** *receber serviço adequado*; **b)** *receber do concedente e da concessionária informações para a defesa de interesses individuais ou coletivos*; **c)** *direito de escolha, quando possível, do prestador do serviço*.

Em se tratando de serviço geral (de fruição geral ou *uti universi*), o Ministério Público estará legitimado a defender seus destinatários indeterminados (tratar-se-ia de interesse coletivo ou difuso); versando sobre direito individual, pode o usuário valer-se, conforme a hipótese, de instrumento processual adequado e até do mandado de segurança (desde que ocorra a violação de direito individual líquido e certo). O usuário, assente nos seus direitos, poderá buscar a concreção dos princípios informadores dos serviços (generalidade, continuidade etc.). Excepcionalmente se reconhece a legitimidade do Ministério Público para a ação civil pública em defesa de interesses individuais, desde que homogêneos.

Não é todo serviço público que permite o reconhecimento da aplicação do sistema protetivo dos direitos do consumidor, porque há serviços cuja prestação é obrigatória e independente de remuneração direta pelo usuário (como os serviços gerais, *uti universi* propriamente ditos — exemplo: saúde, segurança pública etc.). Nestes a relação estabelecida entre o usuário e o Poder Público não pode ser caracterizada como de "consumo", diferentemente do que ocorre em relação aos serviços cuja utilização é determinada pela remuneração paga pelo usuário (como os de utilidade pública — exemplo: transportes coletivos, telefonia etc.). Mas, seja ou não decorrente de relação de consumo, pode o usuário ou cidadão exigir do Estado a prestação do serviço, como também pode buscar a reparação de eventual dano que tenha sofrido, e a responsabilidade civil será objetiva.

7 FORMAS DE PRESTAÇÃO

Os serviços públicos podem ser prestados de três formas distintas:

7.1. SERVIÇOS CENTRALIZADOS

Prestados diretamente pelo Poder Público, em seu próprio nome e sob sua exclusiva responsabilidade.

7.2. SERVIÇOS DESCONCENTRADOS

Prestados pelo Poder Público, por seus órgãos, mantendo para si a responsabilidade na execução.

7.3. SERVIÇOS DESCENTRALIZADOS

Prestados por terceiros, para os quais o Poder Público transferiu a titularidade ou a possibilidade de execução, seja por outorga (por lei — a pessoas jurídicas criadas pelo Estado), seja por delegação (por contrato — concessão ou ato unilateral — permissão e autorização).

8 TITULARIDADE E MODO DE PRESTAÇÃO

Os serviços públicos são de titularidade do Poder Público (por suas entidades estatais). O seu exercício, quando admissível, pode ser transferido a outras pessoas jurídicas, sejam as criadas por desejo do próprio Poder (que podem ser públicas ou privadas), sejam as criadas por particulares (sempre privadas).

As pessoas jurídicas de direito público vinculadas ao Poder Público são as autarquias e, via de regra, as fundações. As de direito privado são as empresas públicas e sociedades de economia mista. Quando prestados diretamente pela entidade estatal (União, Distrito Federal, Estados-Membros e Municípios), diz-se que há execução direta do serviço; quando, porém, a entidade se vale de pessoas jurídicas a ela vinculadas ou a pessoas jurídicas de direito privado, diz-se haver descentralização do serviço e, por fim, pode haver a mera distribuição da competência para prestação do serviço entre órgãos da própria entidade, que recebe a designação de serviço desconcentrado.

O modo de prestação não se confunde com a forma de execução, que pode ser direta ou indireta:

a) *Execução direta*: ocorre sempre que o Poder Público emprega meios próprios para a sua prestação, ainda que seja por intermédio de

pessoas jurídicas de direito público ou de direito privado para tal fim instituídas.

b) *Execução indireta*: ocorre sempre que o Poder Público concede a pessoas jurídicas ou pessoas físicas estranhas à Entidade Estatal a possibilidade de virem a executar os serviços, como ocorre com as concessões, permissões e autorizações.

9 DELEGAÇÃO E OUTORGA DE SERVIÇO PÚBLICO

O serviço é outorgado por lei e delegado por contrato. Invariavelmente a lei outorga ao Poder Público (entidade estatal) a titularidade do serviço público e somente por lei se admite a mutação da titularidade (princípio do paralelismo das formas). Nos serviços delegados há transferência da execução do serviço por contrato (concessão) ou ato (permissão e autorização) negocial. A outorga possui contornos de definitividade, posto emergir de lei; a delegação, ao contrário, sugere termo final prefixado, visto decorrer de contrato.

Empresas públicas e sociedades de economia mista recebem a titularidade do serviço público (quando constituídas para esse fim), mas também podem ser meras executoras dos serviços que lhes sejam transferidos (quando celebram contrato de concessão, por exemplo). Assim, se uma empresa pública prestadora de serviço público constituída pelo Estado celebrar contrato de concessão com a União, ela não receberá a titularidade (que não se transfere por contrato), mas será mera concessionária ou delegatária da prestação do serviço contratado.

10 CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO

Apenas os serviços de utilidade pública podem ser objeto do contrato de concessão; serviços propriamente ditos ou essenciais à coletividade não admitem a transferência de execução, devendo permanecer em mãos do Poder Público. Serviços concedidos são os delegados a pessoas jurídicas de direito privado, por contrato administrativo, que os executam em seu nome, conta e risco. A prática administrativa, porém, registra hipóteses de concessão de serviços

públicos a pessoas jurídicas de direito público (autarquias e fundações), que recebem o nome de concessão legal de serviços públicos. Em qualquer hipótese, diga-se, a titularidade do serviço continuará em mãos do Poder Público. A transferência da titularidade do serviço somente se opera nas hipóteses de outorga ou transferência em decorrência de lei.

10.1. COMPETÊNCIA LEGIFERANTE

À União compete legislar sobre normas gerais (CF, art. 22, XXVII), cumprindo às demais entidades estatais o dever de adequação das normas gerais à realidade local. As normas gerais fixadas na Lei n. 8.987/95 são aplicáveis à União, Estados, Distrito Federal e Municípios, que conservam competência legiferante para também disciplinar a matéria.

10.2. CONCEITO LEGAL

Concessão de serviço público "é a transferência da prestação de serviço público, feita pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, mediante concorrência, a pessoa jurídica ou consórcio de empresas, que demonstre capacidade para o seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado" (Lei n. 8.987/95, art. 2º, II).

Por força da Lei n. 11.079/2004, foi instituído o regime de contratação denominado "parceria público-privada" e as concessões de serviços regidas pela Lei n. 8.987/95 passaram a ser denominadas "concessões comuns", desde que não envolvam a realização de qualquer contraprestação pecuniária advinda do Poder concedente.

10.3. CARACTERÍSTICAS

Ante o conceito ofertado pelo legislador e com apoio na doutrina majoritária, tem-se:

a) *Poder concedente*: União, Estados, Distrito Federal e Municípios — pessoas jurídicas de direito público — entidades estatais.

b) *Concessionário*: pessoa jurídica ou consórcio de empresas, admitindo a lei a contratação de empresa individual. A pessoa física não pode ser concessionária de serviços públicos.

c) *Contrato*: o contrato administrativo deve ser precedido de licitação. Em regra, a modalidade obrigatória é a concorrência, admitindo-se, porém, o leilão para determinados serviços (Lei n. 9.491/97 — Programa Nacional de Desestatização).

Há duas espécies de contratos de concessão: **a)** concessão de serviços precedidos de obra pública; **b)** concessão de serviços públicos. Ambas passaram a ser identificadas como concessões comuns (Lei n. 11.079/2004).

d) *Remuneração*: paga, usualmente, pelos usuários dos serviços públicos.

e) *Responsabilidade*: o concessionário atua em seu nome, por sua conta e risco, incidindo a regra do art. 37, § 6º, da Constituição (responsabilidade objetiva). A Lei n. 8.987/95 expressamente consagra a responsabilidade do concessionário (art. 25).

f) *Responsabilidade do concedente*: o poder concedente pode ser responsabilizado se exauridas as possibilidades de reparação dos prejuízos causados pelo concessionário, sendo, pois, subsidiária a responsabilidade estatal. Pode-se cogitar da responsabilização do poder concedente também em razão de má escolha do concessionário ou de ausência de fiscalização.

g) *Mandado de segurança*: os atos do concessionário são passíveis de mandados de segurança, porquanto revestidos dos atributos de atos administrativos, salvo os que não se relacionem com o serviço contratado.

h) *Regime tributário*: ao concessionário não é aplicável a imunidade tributária (CF, art. 150, § 3º).

i) *Política tarifária*: a tarifa inicial é fixada segundo a proposta vencedora da concorrência, admitindo-se a revisão permanente na forma disposta no edital e contrato. O contrato pode admitir formas outras de obtenção de receita.

j) *Intervenção*: é possível a intervenção realizada pelo poder concedente. A intervenção há de ser provisória, visto ser a definitiva equiparada à encampação. Em até trinta dias contados da data do decreto de intervenção deverá o Poder Público iniciar o processo administrativo, assegurando ampla defesa e contraditório. O processo administrativo deverá ter-se encerrado em até cento e oitenta dias (Lei n. 8.987/95, arts. 32 e s.).

k) *Extinção da concessão*: pode ocorrer em razão do vencimento do prazo, encampação, caducidade, rescisão, anulação, e falência ou extinção da empresa concessionária (Lei n. 8.987/95, art. 35, I a VI).

Vejamos:

1) *Prazo*: a lei que autoriza a concessão deve fixar o prazo de sua duração. As normas gerais (Lei n. 8.987/95) silenciam, mas a Lei n. 9.074/95 fixa em trinta e cinco anos o prazo para a concessão de geração de energia elétrica, e em trinta anos a concessão de serviços de distribuição de energia elétrica, admitindo-se uma prorrogação por idêntico período. Já as concessões para exploração de serviços de TV a cabo devem ser contratadas por um ano, admitindo a Lei n. 8.987/95 (art. 6º) sucessivas e iguais prorrogações. O vencimento do prazo leva à *reversão* de bens do concessionário.

Reversão corresponde à incorporação dos bens afetos ao serviço público, sejam públicos entregues para a Administração Privada, sejam os de propriedade do concessionário ante o término do contrato de concessão. *Ocorre em qualquer hipótese de extinção.* Os bens públicos entregues para a prestação dos serviços concedidos retornam para a Administração Pública; os bens privados afetados à prestação dos serviços serão incorporados pelo poder concedente. Os bens reversíveis não são indenizáveis, salvo os investimentos realizados para evitar a deterioração (princípio da atualidade do serviço). O contrato de concessão deve estabelecer quais os bens passíveis de reversão. As concessões de curto prazo devem contemplar a reversão indenizada de bens afetos ao serviço público. O princípio da continuidade do serviço público é que fundamenta a reversão obrigatória de bens necessários à prestação dos serviços.

2) *Encampação*: corresponde à retomada do serviço público, por motivo de interesse público (Lei n. 8.987/95, art. 37). É correta a determinação que exige lei autorizativa da retomada, vale dizer, a lei autoriza a concessão e, desaparecendo os seus motivos, por outra lei tem-se a encampação do serviço (paralelismo das formas).

3) *Caducidade*: ocorre sempre que o concessionário descumpre gravemente as obrigações assumidas no contrato de concessão. O descumprimento sujeita-o às penalidades legais e contratuais (advertência, multa e caducidade). Haverá, sempre, a necessidade de instauração

de procedimento administrativo próprio, garantindo-se a ampla defesa e o contraditório.

4) *Rescisão*: a rescisão unilateral não pode ser pleiteada pelo concessionário, apenas pelo poder concedente. Nada impede, porém, que seja ordenada pelo Judiciário em ação movida ante o descumprimento do Poder Público de seus encargos, que recebe o nome de rescisão judicial.

5) *Anulação*: por ilegalidade na concessão (no processo licitatório ou na contratação), pode a Administração reconhecer a ilegalidade, operando efeitos *ex tunc*, diferentemente da rescisão ordenada sob a forma de encampação, que não opera efeitos retroativos (*ex nunc*). A ilegalidade na contratação de concessão pode permitir o ajuizamento de ação popular (Lei n. 4.717/65), ou de ação civil pública. Assim, a invalidação pode ser imposta pelo Judiciário ou pela própria Administração.

6) *Falência ou extinção da empresa individual*: o falecimento do empresário individual ou a decretação da falência operam efeitos extintivos da concessão (Lei n. 8.987/95, art. 35, VI). O falecimento do empresário individual só é possível nas permissões, já que as concessões somente podem ser contratadas com pessoa jurídica ou consórcio de empresas (art. 2º, II).

A possibilidade de rescisão amigável é anotada pela doutrina, mas não está explicitamente prevista na Lei n. 8.987/95. A lei impõe, no entanto, que o contrato estabeleça formas de composição amigável dos conflitos (art. 24, X), compreendendo-se possível a previsão da rescisão por desejo das partes. Em todo caso, pode ser excepcional. Deve a rescisão amigável ser precedida de autorização legislativa (tal como ocorre com a encampação ou o resgate).

Em síntese, a extinção do contrato de concessão pode resultar de:

a) termo ou prazo (extinção normal do contrato);

b) encampação ou resgate (em razão do interesse público e precedidos de autorização legislativa);

c) caducidade (por culpa da concessionária e precedida de processo administrativo, assegurados a ampla defesa e o contraditório);

d) rescisão judicial (em ação movida pelo concessionário);

e) anulação (por ilegalidade e ordenada pela Administração ou pelo Judiciário);
f) falência, falecimento ou extinção da empresa (desaparecimento do contratado);
g) rescisão amigável (aceita pela doutrina, desde que precedida de autorização legislativa).

10.4. REMUNERAÇÃO

Quando prestado diretamente pelo Poder Público, o serviço é remunerado pelo usuário mediante taxa (espécie do gênero tributo). Mas, quando prestado pelo concessionário, a remuneração decorre do pagamento de preço público ou tarifa. Tem-se, pois:

10.4.1. TAXA

Tributo devido "pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição" (CF, art. 145, II).

10.4.2. PREÇO PÚBLICO — TARIFA

Retribuição pecuniária paga pelo usuário ao concessionário em razão da utilização de serviço público por ele prestado.

Difere, ainda, do chamado preço semiprivado ou quase privado: retribuição pecuniária devida pelo concessionário ao concedente.

Se o contrato de concessão envolver a realização de contraprestação pecuniária pelo Poder Público, deverá observar as regras fixadas para o regime denominado "parceria público-privada" (*v.* item 15).

11 PERMISSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS

Conquanto diversas das concessões (natureza contratual), as permissões (ato administrativo negocial) acabam recebendo o mesmo tratamento na Constituição e na legislação infraconstitucional. Doutrinariamente não se confundem, mas há crescente reconhecimento legal de similitude entre os institutos, mercê, em especial, do controle sobre atos e contratos da Administração.

Permissão, tecnicamente, corresponde a ato administrativo, unilateral portanto, discricionário, precário ou sem prazo determinado, pelo qual o Poder Público transfere ao particular a execução e responsabilidade de serviço público, mediante remuneração (preço público ou tarifa) paga pelos usuários.

As permissões exigem licitação prévia (CF, art. 175); a Lei n. 8.987/95 determina o seu instrumento — contrato de adesão (art. 40) —, não havendo possibilidade de sua formalização com consórcio de empresas, mas elas admitem a contratação com pessoas físicas, diferentemente do que ocorre com as concessões. Ante a sua natureza (ao menos doutrinária) e pelo instrumento negocial exigido, é de supor devam as permissões abrigar transferências de menor duração temporal, reservando-se às concessões tempo maior de duração.

12 AUTORIZAÇÃO

A autorização possui a natureza de ato administrativo, discricionário, precário, pelo qual o Poder Público consente com o exercício de atividade, pelo particular, que indiretamente lhe convém. O interesse objeto da autorização toca, diretamente, ao próprio particular.

Não há unanimidade na doutrina; defendem alguns a sua inaplicabilidade aos serviços públicos, visto emergir sobretudo de interesse privado. Outros, com maior razão, entendem ser possível a autorização de serviço público, porquanto o interesse indiretamente atingido é o da coletividade, como ocorre com o exercício profissional de taxistas, despachantes, vigias particulares. Há, por fim, outros que entendem a autorização de serviço público como excepcional, apenas cabente quando a urgência determinar, v. g., em razão de conturbação da ordem, calamidades públicas etc.

Em qualquer posição assumida, porém, há consenso: não se trata de contrato, mas de ato administrativo, não sendo dependente da prévia realização de licitação.

A Lei n. 8.987/95 não prevê nenhuma hipótese de delegação por autorização de serviço público.

Em síntese, temos:

Autorização de serviços públicos — ato que permite a execução de serviços transitórios, emergenciais, a particulares.

Serviço autorizado — ato que permite a execução de serviços privados de interesse coletivo (táxi, despachante, vigilância privada etc.).

13 AGÊNCIAS EXECUTIVAS

O atributo conferido à autarquia ou fundação instituída pelo Poder Público para otimizar recursos, reduzir custo e melhorar a prestação de serviços recebe o nome de agência executiva. Não se trata de nova entidade estatal, mas de novo atributo ou qualificação da entidade já existente. A matéria está regulada no âmbito federal, devendo os Estados e Municípios, querendo, instituir idêntico tratamento.

14 AGÊNCIAS REGULADORAS

As agências reguladoras devem exercer a fiscalização, controle e, sobretudo, o poder regulador incidente sobre serviços delegados a terceiros. Correspondem, assim, a autarquias sujeitas a regime especial, criadas por lei para aquela finalidade específica. Diz-se que seu regime é especial, ante a maior ou menor autonomia que detêm e à forma de provimento de seus cargos diretivos (por mandato certo e afastada a possibilidade de exoneração *ad nutum*). Não são, porém, independentes. Estão sujeitas ao mesmo tratamento das autarquias, e passíveis de idênticos mecanismos de controle (interno e externo).

15 PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA

As concessões de serviços públicos ou de obras públicas que envolvam a realização de investimentos pecuniários pelo poder concedente devem observar as normas gerais fixadas pela Lei n. 11.079/2004, que institui o regime denominado "parceria público-privada". A União deve observar as normas disciplinadas na lei citada, mas os demais entes federados legislarão sobre a matéria, disciplinando a aplicação do regime de contratação no âmbito de sua competência.

15.1. CONCEITO LEGAL

Pode ser conceituada como "contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa" (art. 2º da Lei n. 11.079/2004).

É chamada de patrocinada a concessão que admite a realização de contraprestação pecuniária pelo poder concedente, além da instituição de tarifa exigível dos usuários; e de administrativa, a concessão de serviços de que a Administração seja a usuária, ainda que envolva a execução de obra ou o fornecimento e instalação de bens.

Doutrinariamente, constitui contrato administrativo de concessão de obras ou de serviços que permite a realização de investimentos públicos e privados, sem prejuízo da instituição de remuneração a ser paga pelos usuários.

15.2. MODALIDADES (LEI N. 11.079/2004)

Concessão patrocinada, assim denominada porque admite a realização de investimentos pelo Poder Público (chamado de parceiro público), além da cobrança de tarifa dos usuários.

Concessão administrativa, assim denominada porque envolve apenas serviços de que a Administração Pública seja a usuária (Lei n. 11.079/2004, art. 2º, §§ 1º e 2º), ainda que envolva a execução de obra ou o fornecimento e instalação de bens.

As obras e serviços públicos podem ser utilizáveis pelo setor privado (particulares, pessoas jurídicas) e pela própria Administração Pública. Os serviços e obras fruíveis por qualquer pessoa podem ser objeto de concessão administrativa, enquanto os serviços (exclusivamente serviços públicos) utilizáveis de modo exclusivo pela Administração devem ser de concessão administrativa.

A aplicação dessas novas modalidades não exclui a possibilidade de a concessão ser regida exclusivamente pela Lei n. 8.987/95, que rege as ditas *concessões comuns*.

15.3. ABRANGÊNCIA (LEI N. 11.079/2004)

O regime das PPPs é aplicável à Administração direta e indireta dos Poderes da União, Estados, Municípios e Distrito Federal, podendo ser aplicável, ainda, aos fundos especiais constituídos por esses entes federados.

Assim, nada impede que uma autarquia, empresa pública ou agência venha a se utilizar das normas gerais fixadas pela Lei n. 11.079/2004.

Como a competência para legislar é concorrente, Estados, Municípios e o Distrito Federal devem adaptar as normas gerais à lei local.

Podem celebrar o contrato de concessão sob o regime das PPPs: **a)** os *órgãos* da Administração direta; **b)** as autarquias; **c)** as fundações; **d)** as empresas públicas; **e)** as sociedades de economia mista; **f)** as demais entidades controladas direta ou indiretamente pelas pessoas políticas; **g)** os *fundos especiais*.

Assim como os órgãos públicos, os fundos especiais (instituídos por lei local) não possuem personalidade jurídica e, em verdade, não contratam em nome próprio, mas em nome da pessoa jurídica que integram ou representam.

15.4. LIMITES

A Lei n. 11.079/2004 estabelece limites que dizem respeito ao valor do contrato, ao *prazo* de duração do contrato e, ainda, ao *objeto* ou *conteúdo* fixado.

a) Limites de valor: o valor não pode ser inferior a vinte milhões de reais.

b) Limite de prazo: o prazo mínimo não pode ser inferior a cinco anos, ou superior a trinta e cinco anos, incluindo as eventuais prorrogações.

c) Limite de conteúdo: não pode ter como objeto único o fornecimento de mão de obra, o fornecimento e instalação de equipamentos ou a execução de obra pública.

15.5. IDENTIDADE DO REGIME JURÍDICO — CONCESSÕES COMUNS E REGIME DAS PPPs

Aplicam-se a todo contrato de concessão as normas próprias do regime jurídico-administrativo e as normas gerais dispostas na Lei n. 8.987/95 (que versa sobre as concessões comuns). São comuns aos contratos de concessão sob o regime das parcerias público-privadas, dentre outras, as seguintes normas previstas na Lei n. 8.987/95 (aplicáveis às concessões comuns — *v.* item 10):

a) sujeição aos princípios aplicáveis aos serviços públicos;

b) reconhecimento de direitos e obrigações dos usuários (art. 7º);

c) a previsão de cláusulas essenciais (art. 23);
d) encargos do poder concedente e do concessionário (arts. 29 e 31);
e) possibilidade de intervenção (arts. 32 a 34);
f) formas de subcontratação e de subconcessão (arts. 25, §§ 1º a 3º, e 26);
g) formas de extinção do contrato de concessão (arts. 35 a 39);
h) reversão de bens (art. 36).

15.6. DISTINÇÕES — CONCESSÕES COMUNS E REGIME DAS PPPs

As concessões contratadas sob o novo regime jurídico apresentam, dentre outras, as seguintes distinções em face das concessões comuns:

a) remuneração: tarifa ou preço público a ser pago pelos usuários, além de contraprestação pecuniária e outras fontes de receita;
b) garantias: *prestadas pelo parceiro privado ao parceiro público* (art. 5º, VIII), *prestadas pelo parceiro público ao parceiro privado* (art. 8º) e *garantia (ou contragarantia) prestada aos financiadores do projeto* (art. 5º, § 2º);
c) penalidades: aplicáveis também para o parceiro público em caso de inadimplemento contratual (art. 5º, II);
d) riscos: compartilhamento de riscos entre o parceiro público e o parceiro privado (art. 5º, III), inclusive os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária;
e) ganhos: compartilhamento de ganhos econômicos do parceiro privado (art. 5º, IX);
f) constituição de sociedade de propósitos específicos para implantar e gerir o objeto da parceria (art. 9º);
g) limites: de prazo, de valor, de conteúdo ou objeto (como visto);
h) licitação: aplicação subsidiária da Lei n. 8.666/93 e da Lei n. 8.987/95, mas sujeição a regras próprias, como, por exemplo, submissão da minuta do edital a consulta pública, critérios próprios para o julgamento de propostas (como adiante explicitado).

15.7. LICITAÇÃO

A contratação de concessão sujeita ao regime das parcerias deverá ser obrigatoriamente precedida de licitação realizada sob a modali-

dade de concorrência, cuja realização segue as regras da Lei n. 8.666/93 e as regras próprias da Lei n. 11.079/2004. Assim, por exemplo, a abertura do certame estará condicionada: **a)** à realização de estudo técnico que demonstre a conveniência e oportunidade da contratação, além da autorização da autoridade competente; **b)** à elaboração de estimativa do impacto orçamentário-financeiro nos exercícios em que deva vigorar o contrato; **c)** à estimativa do fluxo de recursos públicos suficientes para o cumprimento das obrigações do parceiro público; **d)** à previsão do seu objeto no plano plurianual; **e)** à licença ambiental, quando o objeto o exigir, dentre outras exigências próprias (*v.* art. 10 da Lei n. 11.079/2004).

O julgamento das propostas, que pode ser precedido da fase de qualificação das propostas técnicas, poderá observar os seguintes critérios: **a)** menor valor da contraprestação do parceiro público; **b)** melhor proposta em razão da contraprestação do parceiro público com a melhor técnica oferecida pelo licitante.

As propostas poderão ser apresentadas por escrito e em envelopes lacrados, ou escritas e em envelopes lacrados, mas seguidas de lances em "viva voz", desde que o edital assim tenha estabelecido. A apresentação de propostas em "viva voz", quando admitida, deverá observar a sequência inversa da classificação, podendo-se restringir a participação aos licitantes que não tenham valor superior a 20% da melhor proposta. O edital, por fim, pode estabelecer a inversão das fases de habilitação e julgamento (poderá ser conhecida a proposta de preços e depois verificada a habilitação), como também pode prever formas de superação de falhas verificadas nas propostas.

Nada impede que os Municípios, os Estados-Membros e o Distrito Federal disciplinem de forma diversa o regime de contratação, estabelecendo exigências não dispostas na lei de âmbito nacional. O que não se admite é a exclusão da licitação ou a não observância das regras gerais fixadas na lei federal. Tome-se como exemplo a legislação gaúcha (Lei n. 12.234/2005), que exige a fase de "pré-qualificação" e a realização de audiência pública para a discussão do projeto de parceria.

15.8. CONTRAPRESTAÇÃO

O cerne do novo regime é a possibilidade de a Administração realizar investimentos, ainda que incida a possibilidade de instituição

de tarifa recolhida pelos usuários e a concomitante realização de investimentos pelo parceiro privado. Assim, a realização da contraprestação pelo parceiro público deve constituir fonte atrativa do interesse do setor privado. A contraprestação pode ser resultante de: **a)** ordem bancária; **b)** cessão de créditos não tributários; **c)** outorga de direitos em face da Administração; **d)** outorga de direitos sobre bens públicos dominicais; **e)** outros meios admitidos em lei (art. 6º), além de envolver o pagamento de remuneração variável e vinculada ao desempenho do parceiro privado (parágrafo único do art. 6º).

A inovação também está presente pela possibilidade de aplicação de penalidades à Administração Pública em razão do não cumprimento de obrigações contratuais, além da obrigatoriedade de constituição de sociedade de propósitos específicos cujo objeto social será a implantação e gestão do contrato de parceria (art. 9º).

15.9. REGRAS ESPECÍFICAS

A Lei n. 11.079/2004 institui normas gerais aplicáveis à União, ao Distrito Federal, aos Estados e aos Municípios, como também fixa regras específicas aplicáveis somente à regência dessa modalidade de concessão à União. Assim, por exemplo, deve a União constituir "órgão gestor de parcerias público-privadas", com representação dos Ministérios do Planejamento, Orçamento e Gestão (que será seu Coordenador), da Fazenda e da Casa Civil da Presidência da República, que executará tarefas típicas de planejamento e de normatização (fixar procedimentos, examinar editais, apreciar relatórios etc.), conforme dispõe o art. 14 da citada lei. Deverá ser constituído o Fundo Garantidor de Parcerias (FGP), que assegurará o pagamento das contraprestações a que se tenha obrigado a Administração Federal.

O FGP, segundo a lei, terá natureza privada, e seu patrimônio não se confundirá com o de seus cotistas (que podem ser autarquias e fundações públicas federais — art. 16). Ainda que a lei o defina como privado, é evidente a inteira submissão ao regime jurídico-administrativo do FGP.

As experiências já conhecidas também indicam a necessidade de os Estados constituírem Conselho Gestor do Programa, como já foi instituído no Estado de São Paulo e no Rio Grande do Sul, mas a

disciplina é estabelecida por lei local. No Estado de São Paulo, o Governo foi autorizado a constituir outra entidade, constituída sob a forma de sociedade por ações, denominada "Companhia Paulista de Parcerias — CPP", com o propósito de colaborar e apoiar a implementação do programa de parcerias, além de disponibilizar recursos. Nada impede que sejam instituídas autarquias ou agências estaduais ou municipais para os mesmos fins, mas isso dependerá sempre da legislação local.

16 DESESTATIZAÇÃO E PRIVATIZAÇÃO

A partir da década de 90 do século passado, com a edição da Lei n. 8.031, de 1990, teve início o chamado Plano Nacional de Desestatização, cujo objetivo era o de reordenar a posição do Estado na economia, admitindo a transferência de atividades para o setor privado. Deu-se início ao processo de privatização, de desestatização, de desnacionalização do capital de entidades empresariais, criando-se um ambiente de maior participação do capital privado na prestação de serviços públicos. O regime das PPPs estudado antes foi adotado em consequência desse novo perfil imposto para o Estado.

Desestatização corresponde à alienação de direitos de entidades empresariais ou à transferência da execução de serviços públicos para a iniciativa privada (Lei n. 9.491/97, art. 2º), ao passo que privatização deve corresponder à transformação em atividade privada do que antes era atividade (ou serviço) pública.

As agências reguladoras, os consórcios públicos e os outros regimes de parceria ou atuação conjugada com o setor privado ganham importância no contexto atual. A agências reguladoras, porque identificadas como autoridades independentes; os consórcios, porque rendem a possibilidade de gestão associada de serviços comuns a mais de uma pessoa política, além da atuação das organizações sociais e das organizações da sociedade civil de interesse público. Disso pode-se extrair que os serviços públicos, na atualidade, podem ser prestados de forma: *centralizada, descentralizada* e *associada*.

O regime de prestação dos serviços, por outro lado, pode permitir a prestação decorrente de *lei* (como ocorre com as empresas públi-

cas e sociedades de economia prestadoras de serviços públicos); de *contrato administrativo* (ex.: consórcios públicos, concessões e permissões); de *contrato de gestão* (como ocorre em relação às organizações sociais); de *parceria* (como ocorre com as OSCIPs ou organizações da sociedade civil de interesse público).

QUADRO SINÓTICO – SERVIÇOS PÚBLICOS

Conceito	Serviço público corresponde a toda atividade desempenhada direta ou indiretamente pelo Estado, visando solver necessidades essenciais do cidadão ou do próprio Estado.
Dever de prestar — CF, art. 175	A prestação pode ser direta ou indireta. A indireta pode efetivar-se: **a)** da instituição de pessoas jurídicas de direito público ou privado criadas com essa finalidade; **b)** de concessões; **c)** de permissões.
Classificação	Essencialidade: **a)** serviços públicos propriamente ditos; **b)** serviços públicos de utilidade pública. Adequação: **a)** serviços próprios do Estado; **b)** serviços impróprios do Estado. Finalidade: **a)** serviços administrativos; **b)** serviços industriais. Destinatários: **a)** serviços gerais ou *uti universi*; **b)** serviços individuais ou *uti singuli*.
Princípios	Continuidade do serviço público (permanência). Generalidade (impessoalidade — igual a todos). Igualdade entre os usuários (isonomia). Eficiência (aperfeiçoamento e melhor técnica na prestação). Atualidade (adequação técnica do serviço prestado). Modicidade das tarifas (custo não proibitivo). Cortesia (adequado atendimento).

Formas de prestação	Serviços centralizados. Serviços desconcentrados. Serviços descentralizados.	
Titularidade e modo de prestação	**Execução direta**	Ocorre sempre que o Poder Público emprega meios próprios para sua prestação, ainda que seja por intermédio de pessoas jurídicas de direito público ou privado para tal fim instituídas.
	Execução indireta	Ocorre sempre que o Poder Público concede a pessoas jurídicas estranhas à Entidade Estatal a possibilidade de virem a executar os serviços, como ocorre com as concessões, permissões e autorizações.
Delegação e outorga de serviço público	O serviço é outorgado por lei e delegado por contrato. A outorga tem contornos de definitividade. Os serviços delegados sugerem termo final prefixado.	
Concessão de serviço público	Conceito	São os serviços delegados a pessoas jurídicas de direito privado, por contrato administrativo, que os executam em seu nome, conta e risco.
	Características	Poder concedente: pessoas jurídicas de direito público — entidades estatais. Concessionário: pessoa jurídica ou consórcio de empresas. A lei admite contratação de empresa individual. Contrato: precedido de licitação, em regra, modalidade concorrência. Remuneração: paga, usualmente, pelos usuários.
	Modalidades	— concessão de serviço público; — concessão de serviço precedida de obra pública; — concessão administrativa (PPP); — concessão patrocinada (PPP).

Concessão de serviço público	Características	Responsabilidade: responsabilidade objetiva, art. 37, § 6º, da CF; Lei n. 8.987/95, art. 25. O concessionário atua em seu nome, por conta e risco. Responsabilidade do concedente: responsabilidade subsidiária. Mandado de segurança: atos do concessionário passíveis de mandado de segurança, pois se revestem dos atos administrativos. Regime tributário: não aplicável a imunidade tributária. Política tarifária: fixa-se a tarifa segundo a proposta vencedora, admitindo-se revisão. Intervenção: possível pelo poder concedente. Extinção da concessão: por vencimento do prazo, encampação, caducidade, rescisão, anulação e falência ou extinção da empresa concessionária. Remuneração: se prestado o serviço público pelo Poder Público, há remuneração mediante taxa; se prestado pelo concessionário, por meio de preço público ou tarifa.
Parceria público-privada	Conceito	Constitui contrato de concessão de obras ou de serviços que permite a realização de investimentos públicos e privados, sem prejuízo da instituição de remuneração a ser paga pelos usuários.
	Modalidades	Concessão patrocinada — admite a realização de contraprestação pecuniária pelo poder concedente, além da instituição de tarifa exigível dos usuários. Concessão administrativa — a concessão de serviços de que a Administração seja a usuária, ainda que envolva a execução de obras ou o fornecimento e instalação de bens.

Parceria público-privada	Abrangência	Lei n. 11.079/2004. Podem celebrar contrato de concessão sob o regime das PPPs: **a)** órgãos da Administração direta; **b)** autarquias; **c)** fundações; **d)** empresas públicas; **e)** sociedades de economia mista; **f)** demais entidades controladas direta ou indiretamente pelas pessoas políticas; **g)** fundos especiais.
	Limites	Lei n. 11.079/2004. Valor: não inferior a vinte milhões de reais. Prazo: não inferior a cinco anos, nem superior a trinta e cinco anos, incluindo eventuais prorrogações. Conteúdo: não pode ter como objeto único o fornecimento de mão de obra, o fornecimento e instalação de equipamentos ou a execução de obra pública.
Identidade do regime jurídico — concessões comuns e regime das PPPs (Lei n. 8.987/95)		**a)** sujeição aos princípios aplicáveis aos serviços públicos; **b)** reconhecimento de direitos e obrigações dos usuários (art. 7º); **c)** previsão de cláusulas essenciais (art. 23); **d)** encargos do poder concedente e do concessionário (arts. 29 e 31); **e)** possibilidade de intervenção (arts. 32 a 34); **f)** formas de subcontratação e de subconcessão (art. 25, §§ 1º a 3º, e 26); **g)** formas de extinção do contrato de concessão (arts. 35 a 39); **h)** reversão de bens (art. 36).
Distinções — concessões comuns e regime das PPPs		**a)** remuneração: tarifa ou preço público a ser pago pelos usuários, além da contraprestação pecuniária e outras fontes de receita; **b)** garantias: prestadas pelo parceiro privado ao parceiro público (art. 5º, VIII), prestadas pelo parceiro público ao parceiro privado (art. 8º) e garantia (ou contragarantia) prestada aos financiadores do projeto (art. 5º, § 2º);

Distinções — concessões comuns e regime das PPPs	**c)** penalidades: aplicáveis também ao parceiro público, em caso de inadimplemento contratual (art. 5º, II); **d)** riscos: compartilhamento de riscos entre o parceiro público e o privado (art. 5º, III), inclusive os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária; **e)** ganhos: compartilhamento de ganhos econômicos do parceiro privado (art. 5º, IX); **f)** constituição de sociedade de propósitos específicos para implantar e gerir o objeto da parceria (art. 9º); **g)** limites: de prazo, de valor, de conteúdo ou objeto; **h)** licitação: aplicação subsidiária da Lei n. 8.666/93 e da Lei n. 8.987/95, mas sujeição a regras próprias, como, por exemplo, submissão da minuta do edital a consulta pública, critérios próprios para o julgamento de propostas.

Capítulo IV
LIMITAÇÕES AO DIREITO DE PROPRIEDADE

1 INTRODUÇÃO

O Poder Público pode limitar o direito de propriedade assegurado ao particular. As restrições, contudo, devem limitar-se ao fomento do bem-estar social, do cumprimento da função social da propriedade. Em verdade, o direito de propriedade sofreu larga mutação com a evolução das sociedades, perdendo muito de seu caráter individualista. Todas as limitações, porém, devem estar ajustadas ao sistema constitucional e sempre dependem de expressa previsão legal. Somente em situações excepcionais (estado de sítio e de defesa) admite-se a imposição de limitação sem lei anterior. A Lei n. 10.257, de 10 de julho de 2001 — Estatuto da Cidade, instituiu novos instrumentos de política urbana e normas que "regulam o uso da propriedade em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos, bem como do equilíbrio ambiental" (art. 1º, parágrafo único).

2 MODALIDADES

As restrições ao direito de propriedade privada são: limitações administrativas, ocupação temporária, tombamento, requisição e servidão administrativa, além da desapropriação, única a operar a transferência da propriedade e, por isso, a mais gravosa (ante a sua importância, será tratada ao final).

2.1. LIMITAÇÕES ADMINISTRATIVAS

São limitações impostas por ato administrativo genérico, não destinado a propriedades determinadas, visando atender ao interesse público por meio de obrigação de não fazer (se a obrigação for de fazer tem-se a imposição de servidão). Atingem o caráter absoluto do direito de propriedade (o poder de usar, gozar e dispor da coisa). A

limitação não acarreta o direito de indenização, salvo se indevida, ilegal, gerando a apuração da responsabilidade civil (e o consequente dever de indenizar o prejuízo causado). São exemplos as limitações de altura de edifícios, a metragem mínima de recuo para construções de imóveis, dentre outras.

2.2. OCUPAÇÃO TEMPORÁRIA

Corresponde ao aproveitamento de propriedade particular para utilização temporária pelo Poder Público, remunerada ou não, para a execução de obras, serviços, ou atividades públicas ou de interesse público (CF, art. 5º, XXV). A ocupação pode incidir, ainda, nos imóveis necessários à pesquisa e lavra de petróleo e de minérios nucleares (Decs.-Leis n. 1.864/81 e 1.865/81). A razão é simples. Na hipótese mais usual, o que se busca é permitir a execução de uma obra pública; para tanto será utilizado o imóvel particular como, por exemplo, depósito de materiais e de equipamentos. Nas demais hipóteses citadas, evita-se a desapropriação desnecessária, porquanto antes se pesquisa o potencial da área quanto à futura exploração. A ocupação pode ser transferida para a Administração indireta.

2.3. TOMBAMENTO

É a declaração editada pelo Poder Público (União, Estados-Membros, Distrito Federal e Municípios) acerca do valor histórico, artístico, paisagístico, arqueológico, turístico, cultural ou científico de bem móvel ou imóvel com o fito de preservá-lo. O tombamento atribui ao bem a característica de imodificabilidade, que pode ser acompanhada da inalienabilidade.

O tombamento pode ser:

a) de ofício, incidente sobre bens públicos;
b) voluntário, incidente sobre bens particulares com a anuência de seus proprietários;
c) compulsório, incidente sobre bens particulares e imposto coativamente, depois de regular procedimento administrativo.

A restrição decorrente do tombamento pode ser individual (sobre bem determinado) ou geral (sobre todos os bens de uma região, bairro, coletividade). Dele pode advir a obrigação de o Estado inde-

nizar se resultar a imposição de obrigação de fazer para a conservação do imóvel, a sua interdição ou o impedimento de sua normal utilização. Não configura, contudo, confisco, mantendo sua natureza de instrumento de preservação do patrimônio cultural.

2.4. REQUISIÇÃO ADMINISTRATIVA

Significa a coativa utilização de bens particulares em situações emergenciais. O Poder Público pode, havendo fundada razão, requisitar imóvel pertencente a particular para evitar a ocorrência de "perigo público" (CF, art. 5º, XXV). A requisição pode ser civil, para evitar danos à coletividade, ou militar, realizada por autoridades militares para a manutenção da segurança nacional. O perigo público pode estar retratado em incêndio, inundação, epidemia etc.

2.5. SERVIDÃO ADMINISTRATIVA

Para possibilitar a realização de obras e serviços públicos, pode a Administração impor o ônus da servidão administrativa a bem imóvel pertencente a particular. A servidão não transfere o domínio ou a posse do imóvel, mas limita o direito de usar e fruir do bem. É imprescindível, para a sua instituição, ato administrativo de conteúdo declaratório editado pelo Poder Público (União, Estados-Membros, Distrito Federal e Municípios), podendo ser formalizada por acordo ou sentença judicial. As servidões devem ser levadas a registro no Cartório de Registro de Imóveis (circunscrição imobiliária onde estiver matriculado — Lei n. 6.015/73). Podem ser impostas por lei (*ex lege*), como as que se destinam a permitir o transporte e distribuição de energia elétrica, realização de obras hidráulicas, instalação e funcionamento de aquedutos e passagem nas margens de rios (Dec. n. 24.643/34 — Código de Águas). O Poder Público apenas indenizará o particular se comprovada a ocorrência de danos ou prejuízos, porquanto dele não se retira o domínio ou a posse.

3 DESAPROPRIAÇÃO

Corresponde à retirada compulsória da propriedade de determinado bem, para fins de interesse público, operando-se a sua transferência para o patrimônio público.

Todo e qualquer bem de valor econômico pode ser expropriado (ou desapropriado), inclusive o subsolo, carecendo sempre de declaração regular, que aponte e descreva o bem a ser objeto da expropriação, bem como o fundamento fático e jurídico desta. A desapropriação pode, ainda, incidir sobre: posse, desde que legítima e de valor econômico; ações, quotas e direitos de qualquer sociedade (STF, Súmula 476); bens públicos desde que pertencentes a entidade estatal inferior (ou seja, a União pode desapropriar bens dos Estados-Membros, Municípios e Distrito Federal; os Estados-Membros podem desapropriar bens dos Municípios, e apenas os últimos não podem desapropriar bens de outras entidades estatais, porque politicamente inferiores); bens pertencentes a autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista, mesmo sem lei que a autorize, mas sujeita a condicionantes (v. g., autorização da entidade que as instituiu e delegou serviços públicos, ou anuência do Presidente da República, se a entidade funciona com autorização e fiscalização do Governo Federal). As áreas de jazidas de petróleo e minérios nucleares devem ser precedidas de ocupação provisória (Dec.-Lei n. 1.865/81), carecendo as desapropriações promovidas por Estados e Municípios sobre tais áreas de concordância da União, para quem é deferida a concessão para a sua exploração.

A desapropriação opera-se em procedimento administrativo bifásico: a fase declaratória, com a indicação do bem, da necessidade, da utilidade pública ou do interesse social a ser alcançado, seja por lei ou decreto; a fase executória, com a estimativa da justa indenização e a consolidação da transferência do domínio para o Poder expropriante.

A ausência de ato declaratório e o apossamento do bem pela Administração caracteriza esbulho, legitimando o seu proprietário aos interditos possessórios (desapropriação indireta). A desapropriação indireta é também denominada pela doutrina "apossamento administrativo" ou "desapropriação extraordinária".

O bem desapropriado passa a integrar o patrimônio público (aquisição originária da propriedade). Há, contudo, situações em que o bem reverte-se para particulares: desapropriação por zona, para urbanização e por interesse social.

A desapropriação por zona incide em áreas beneficiadas por obras ou serviços públicos e que em razão disso sofreram valorização

extraordinária. O ato declaratório de utilidade pública deverá, antes, consignar as áreas que serão, ao término das obras e serviços, alienadas para terceiros (Dec.-Lei n. 3.365/41, art. 4º). A desapropriação para urbanização ou reurbanização ocorre sempre que o Poder Público municipal elege áreas para a implantação ou reorganização de núcleos urbanos, seja com loteamentos ou distritos industriais. Exige-se que a desapropriação para fins de urbanização atenda ao padrão urbanístico municipal (Dec.-Lei n. 3.365/41, art. 5º, *i*, e Lei n. 6.766/79, art. 44). Note-se que os lotes resultantes de loteamento promovido pelo Poder Público e os resultantes de distrito industrial implantado deverão ser alienados ou locados, não sendo admitida doação ou transferência gratuita para terceiros.

Para fins de reforma agrária, a União (exclusivamente) poderá promover a desapropriação (CF, art. 184), que incidirá sobre bens imóveis localizados na zona rural e que não cumpram a sua função social. Nessa hipótese a "prévia e justa indenização" será feita em títulos da dívida agrária, sendo as benfeitorias necessárias e úteis pagas em dinheiro. O fundamento dessa desapropriação será o interesse social (Lei Complementar n. 76/93, que prevê rito especial, sumário).

Há, ainda, a hipótese em que nenhuma indenização será devida, assumindo a desapropriação nítido caráter confiscatório: desapropriação de área em que haja o cultivo ilegal de plantas psicotrópicas (CF, art. 243, e Lei n. 8.257/91). O imóvel será destinado ao assentamento de colonos e ao cultivo de produtos alimentícios e medicamentosos.

3.1. REQUISITOS CONSTITUCIONAIS

Constituem requisitos para a desapropriação: necessidade ou utilidade pública, interesse social e justa e prévia indenização, como regra (CF, art. 5º, XXIV).

A necessidade pública é caracterizada por situação inesperada, emergencial; a utilidade pública é denotada quando conveniente ao Poder Público; o interesse social é caracterizado pela conveniência social da desapropriação, como ocorre nas expropriações para fins de reforma agrária. A justa e prévia indenização, como já dissemos, é feita em dinheiro (regra), ou em títulos da dívida agrária (para fins de reforma agrária) ou em títulos da dívida pública (urbanística).

3.1.1. NECESSIDADE E UTILIDADE PÚBLICA

A Constituição Federal e o Decreto-Lei n. 3.365/41 conferem o mesmo tratamento para as hipóteses de necessidade e utilidade pública, como se fossem expressões sinônimas. A norma infraconstitucional arrola, dentre outras, as seguintes hipóteses como "casos de utilidade pública": **a)** segurança nacional; **b)** defesa do Estado; **c)** socorro público em caso de calamidade; **d)** salubridade pública; **e)** funcionamento dos meios de transporte coletivo; **f)** abertura, conservação ou melhoramento de vias e logradouros públicos; loteamento de terrenos, edificados ou não, para sua melhor utilização econômica, higiênica ou estética; construção ou ampliação de distritos industriais etc.

3.1.2. INTERESSE SOCIAL

Arrola a Lei n. 4.132/62 também, dentre outros, os seguintes casos de interesse social: **a)** aproveitamento de todo bem improdutivo ou explorado sem correspondência com as necessidades de habitação, trabalho e consumo dos centros de população a que deve ou possa suprir por seu destino econômico; **b)** instalação ou intensificação das culturas nas áreas em cuja exploração não se obedeça a plano de zoneamento agrícola; **c)** construção de casas populares; **d)** proteção do solo e preservação de cursos e mananciais de água e de reservas florestais; **e)** utilização de áreas, locais ou bens que, por suas características, sejam apropriados ao desenvolvimento de atividades turísticas; **f)** condicionamento do uso da terra à sua função social; **g)** promoção da justa e adequada distribuição da propriedade; **h)** obrigação da exploração racional da terra etc. (as três últimas dispostas no Estatuto da Terra — Lei n. 4.504/64).

3.1.3. INDENIZAÇÃO

A indenização deve ser justa, prévia e em dinheiro (CF, arts. 5º, XXIV, e 182, § 3º), ressalvadas as exceções constitucionais. *Justa* porque satisfaz o valor do imóvel na data da desapropriação e seu pagamento. *Prévia* porque deve ocorrer antes da imissão na posse (regra flexibilizada pela excessiva demora no provimento judicial). *Em dinheiro*, ou seja, em moeda corrente. É nulo de pleno direito o ato ex-

propriatório de imóvel urbano sem prévia e justa indenização ou prévio depósito judicial do valor da indenização (Lei Complementar n. 101, de 4-5-2000 — Lei de Responsabilidade Fiscal — art. 46).

A indenização justa impõe que o valor do bem seja apurado conjuntamente com a renda capaz de produzir, seus danos emergentes e lucros cessantes. Do cálculo da indenização também serão tomados em conta juros compensatórios, juros moratórios, honorários advocatícios, dos peritos, correção monetária, custas e despesas processuais. *Juros compensatórios* destinam-se a compensar a perda de renda sofrida pelo proprietário, sendo de até 6% ao ano calculados sobre a diferença apurada, desde a data da imissão, quando presente divergência entre o preço ofertado e o fixado na sentença (cf. MP n. 2.183-56, de 24-8-2001, que alterou o Dec.-Lei n. 3.365/41). Se a imissão for anterior à Medida Provisória n. 1.577, de 11 de junho de 1997, prevalecerá a Súmula 618 do Supremo Tribunal Federal e os juros serão de 12% ao ano (nesse sentido, STJ, REsp 249.305/RN, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 4-6-2001; REsp 190.524/AL, rel. Min. Francisco Peçanha Martins, j. 15-10-2001). *Juros moratórios* destinam-se a "recompor a perda decorrente do atraso no efetivo pagamento da indenização fixada na decisão final de mérito", sendo devidos à razão de até 6% ao ano, "a partir de 1º de janeiro do exercício seguinte àquele em que o pagamento deveria ser feito", na forma ordenada pela Constituição Federal, art. 100 (Dec.-Lei n. 3.365/41, art. 15-B, com redação dada pela MP n. 2.183-56, de 24-8-2001). "A incidência dos juros moratórios sobre os compensatórios não constitui anatocismo vedado em lei" (STJ, Súmula 102). Anatocismo corresponde à capitalização dos juros.

A indenização também incidirá sobre as benfeitorias necessárias, mesmo realizadas após a expropriação, e as úteis, desde que previamente tenha consentido o Poder expropriante. A sua fixação será amigável ou judicial; na primeira, por acordo administrativo; na segunda, por avaliação judicial.

A indenização não será devida em moeda corrente em duas hipóteses: **a)** desapropriação para fins de reforma agrária, satisfeita por títulos da dívida agrária; **b)** desapropriação de bem que não atenda ao Plano Diretor, satisfeita por títulos da dívida pública (CF, arts. 182, §

4º, III, e 184). A Lei n. 10.257/2001 (Estatuto da Cidade) regulamentou a desapropriação com pagamento em títulos da dívida pública (arts. 8º e s.). A emissão de títulos dependerá de aprovação pelo Senado, sendo resgatáveis em dez anos, em prestações anuais e sucessivas, assegurado o valor real da indenização e os juros de 6% ao ano. No cálculo do valor real, porém, não serão computados lucros cessantes, expectativas de ganhos e juros compensatórios.

A desapropriação de área de terra que recebeu o cultivo ilegal de psicotrópicos possui natureza confiscatória, não sendo indenizada. A gleba deverá ser imediatamente expropriada e destinada especificamente ao assentamento rural, visando ao cultivo de produtos alimentícios e medicamentosos (CF, art. 243).

3.1.4. PAGAMENTO

O pagamento da indenização será feito por acordo, ou na forma imposta na decisão judicial, hipótese em que seguirá a ordem cronológica das requisições (precatórios) endereçadas ao Poder expropriante.

4 RETROCESSÃO

Corresponde à obrigação do expropriante de ofertar ao expropriado o bem, sempre que receber destinação diversa da pretendida e indicada no ato expropriatório (CC/2002, art. 519), mediante a devolução da indenização paga. Diverge a doutrina quanto à natureza da retrocessão: se constitui obrigação pessoal ou direito real. O Supremo Tribunal Federal entendeu tratar-se de direito real (*RT*, 620/221). Garante, pois, o instituto que o expropriado tem direito a perdas e danos se o bem receber outra destinação sem que lhe tenha sido ofertada a sua devolução. Sob o entendimento de tratar-se de mera obrigação pessoal, herdeiros ou sucessores não poderiam vindicá-los; tratando-se, como decidiu o Supremo, de direito real, acompanha a coisa, transmitindo-se o direito a herdeiros, cessionários e sucessores. A desapropriação consuma-se com a tradição do bem móvel expropriado, ou com a incorporação (com o registro no Cartório de Registro de Imóveis ou com o trânsito em julgado da decisão) do bem imóvel ao patrimônio do expropriante, cessando nesse momento a possibilidade de desistência. A partir daí, tem-se a possibilidade de retrocessão.

5 TRESDESTINAÇÃO

A tresdestinação, para alguns "tredestinação", corresponde ao desvio de finalidade havido na desapropriação. É evidenciada pelo não uso do bem ou porque a destinação ulterior não corresponde à indicada no ato expropriatório. É fundamental que o destino não corresponda a nenhuma hipótese de necessidade ou utilidade pública, ou interesse social para que esteja configurada a "tresdestinação".

6 ANULAÇÃO

Como todo ato administrativo, o expropriatório está sujeito à invalidação pelo Judiciário. Os atos administrativos são passíveis de revogação pela própria Administração, ou de anulação ordenada pelo Judiciário.

Assim, se falto de requisitos (competência, forma, finalidade, motivo e objeto), o ato poderá ensejar a impetração de mandado de segurança ou ação popular (Lei n. 4.717/65, arts. 1º, 2º e 6º). O expropriado poderá valer-se, ainda, da "ação direta" (Dec.-Lei n. 3.365/41, art. 20) para questionar judicialmente o ato ilegal. A intervenção do Ministério Público é obrigatória em todas as hipóteses.

7 SÚMULAS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Súmula 23:

Verificados os pressupostos legais para o licenciamento da obra, não o impede a declaração de utilidade pública para desapropriação do imóvel, mas o valor da obra não se incluirá na indenização, quando a desapropriação for efetivada.

Súmula 157:

É necessária prévia autorização do Presidente da República para desapropriação, pelos Estados, de empresa de energia elétrica.

Súmula 164:

No processo de desapropriação, são devidos juros compensatórios desde a antecipada imissão de posse, ordenada pelo juiz, por motivo de urgência.

Súmula 218:

É competente o Juízo da Fazenda Nacional da capital do Estado, e não o da situação da coisa, para a desapropriação promovida por empresa de energia elétrica, se a União Federal intervém como assistente.

Súmula 378:

Na indenização por desapropriação incluem-se honorários do advogado do expropriado.

Súmula 416:

Pela demora no pagamento do preço da desapropriação não cabe indenização complementar além dos juros.

Súmula 476:

Desapropriadas as ações de uma sociedade, o Poder desapropriante, imitido na posse, pode exercer, desde logo, todos os direitos inerentes aos respectivos títulos.

Súmula 479:

As margens dos rios navegáveis são de domínio público, insuscetíveis de expropriação e, por isso mesmo, excluídas de indenização.

Súmula 561:

Em desapropriação, é devida a correção monetária até a data do efetivo pagamento da indenização, devendo proceder-se à atualização do cálculo, ainda que por mais de uma vez.

8 SÚMULAS DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Súmula 12:

Em desapropriação, são cumuláveis juros compensatórios e moratórios.

Súmula 56:

Na desapropriação para instituir servidão administrativa são devidos os juros compensatórios pela limitação de uso da propriedade.

Súmula 69:

Na desapropriação direta, os juros compensatórios são devidos desde a antecipada imissão na posse e, na desapropriação indireta, a partir da efetiva ocupação do imóvel.

Súmula 102:

A incidência dos juros moratórios sobre os compensatórios, nas ações expropriatórias, não constitui anatocismo vedado em lei.

Súmula 114:

Os juros compensatórios, na desapropriação indireta, incidem a partir da ocupação, calculados sobre o valor da indenização, corrigido monetariamente.

Súmula 131:

Nas ações de desapropriação incluem-se no cálculo da verba advocatícia as parcelas relativas aos juros compensatórios e moratórios, devidamente corrigidas.

Súmula 141:

Os honorários de advogado em desapropriação direta são calculados sobre a diferença entre a indenização e a oferta, corrigidas monetariamente.

Súmula 354:

A invasão do imóvel é causa de suspensão do processo expropriatório para fins de reforma agrária.

Súmula 408:

Nas ações de desapropriação, os juros compensatórios incidentes após a Medida Provisória n. 1.577, de 11-6-1997, devem ser fixados em 6% ao ano até 13-9-2001 e, a partir de então, em 12% ao ano, na forma da Súmula 618 do Supremo Tribunal Federal.

Quadro sinótico – Limitações ao direito de propriedade

Modalidades	Limitações administrativas. Ocupação temporária. Tombamento. Requisição administrativa. Servidão administrativa.	
	Desapropriação	— necessidade pública; — utilidade pública; — interesse social.

Retrocessão	Corresponde à obrigação do expropriante de ofertar ao expropriado o bem, sempre que receber destinação diversa da pretendida e indicada no ato expropriatório.
Tresdestinação	Corresponde ao desvio de finalidade havida na desapropriação. É evidenciado pelo não uso do bem ou porque a destinação ulterior não corresponde à indicada no ato expropriatório. Súmulas do STF: 23, 157, 164, 218, 378, 416, 476, 479, 561. Súmulas do STJ: 12, 56, 69, 102, 114, 131, 141.

Capítulo V
INTERVENÇÃO NA ORDEM ECONÔMICA E FINANCEIRA

1 INTRODUÇÃO

A intervenção estatal na ordem econômica é excepcional e está presente sempre que o Poder Público atua em segmento próprio da iniciativa privada. A Constituição de 1988, eclética na regência da ordem econômica, funda a *Constituição econômica* em princípios e regras que definem: os princípios gerais da atividade econômica (CF, arts. 170 a 181); a política urbana (arts. 182 e 183); a política agrícola, fundiária e de reforma agrária (arts. 184 a 191) e o sistema financeiro nacional (art. 192).

O surgimento da expressão "Constituição Econômica" somente ganhou importância após a Primeira Guerra Mundial, depois da incorporação nas Constituições de regras e princípios dispostos à regulação da economia e definição do papel do Estado. As Constituições com inspirações liberais tendem a reduzir a interferência estatal ou a afirmar a não intervenção do Estado no domínio econômico. A leis do mercado, advindas da oferta e procura, da propriedade privada, seriam suficientes à regulação do mercado. Da Constituição do México, de 1917, da Constituição de Weimar, de 1919, espanhola, de 1931, portuguesa, de 1933, e mesmo da Constituição de 1934, retirou-se o início da juridicização das questões econômicas. Todas as Constituições brasileiras a partir de 1934 mantiveram regras próprias à ordem econômica, e a de 1988 consagra alguns princípios e valores próprios, como:

a) valorização do trabalho humano (art. 170, *caput*);

b) valorização da livre iniciativa (art. 170, *caput*);

c) livre exercício de atividade econômica (art. 170, parágrafo único);

d) existência digna (art. 170, *caput*);

e) justiça social (art. 170, *caput*);
f) soberania nacional (art. 170, I);
g) propriedade privada (art. 170, II);
h) função social da propriedade (art. 170, III);
i) livre concorrência (art. 170, IV);
j) defesa do consumidor (art. 170,V);
k) defesa do meio ambiente (art. 170,VI);
l) redução de desigualdades regionais e sociais (art. 170,VII);
m) busca do pleno emprego (art. 170,VIII);
n) fomento às empresas de pequeno porte (art. 170, IX).

A atuação do Estado na ordem econômica pode ser ativa (como agente executor) ou passiva (como agente regulador). A exploração direta de atividade econômica pelo Estado, porém, somente é admissível se presentes os pressupostos constitucionais que o art. 173 enuncia: imperativos de segurança nacional e a relevância do interesse coletivo.

2 NATUREZA

A natureza é suplementar, excepcional, em face do que dispõem os arts. 170 e 173 da Constituição Federal e que consideram a ordem econômica fundada na "livre iniciativa" e sua exploração direta pelo Estado somente quando necessária "aos imperativos da segurança nacional ou relevante interesse coletivo".

3 MODALIDADES DE INTERVENÇÃO

A intervenção pode decorrer da função regulatória que o Estado deve exercer: art. 174 da CF (*Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado*). Disso resulta destacado papel da União no exercício da função reguladora, ainda que as funções de incentivo e fiscalização devam ser exercidas concorrentemente por todas as pessoas políticas.

A fiscalização exercida pelas pessoas políticas almeja reprimir as formas de abusos do poder econômico (CF, art. 173, § 4º — *a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros*).

3.1. MONOPÓLIO

Por monopólio entende-se a exclusividade de determinada atividade, ou a atuação com exclusividade no mercado, com a exclusão de qualquer concorrência. A Constituição estabelece hipóteses de monopólio exclusivo da União (art. 177), como: **a)** a pesquisa e a lavra de jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos; **b)** a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro; **c)** a importação e exportação dos produtos e derivados básicos resultantes dessas atividades etc. A indução de monopólio pelo capital privado, porém, não deve ser tolerada. E a eliminação da concorrência, a formação de cartéis ou outras práticas (*dumping* e *truste*) obrigam a atuação do Estado. Todas as formas subjugam o empresário de pequeno porte, favorecem a concentração de riquezas, desequilibram o mercado e sugerem violação de direitos do consumidor, exigindo a intervenção repressiva do Estado.

3.2. REPRESSÃO AO ABUSO DO PODER ECONÔMICO

A repressão ao abuso do poder econômico está presente em medidas estatais que positivam impedimentos à formação ilegal de cartéis ou a práticas comerciais abusivas. O art. 173, § 4º, do texto constitucional permite a adoção, respaldada em lei, de medidas que busquem evitar a dominação dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros. A Lei n. 8.884/94 (alterada pela Lei n. 9.470/97) indica quatro modalidades de abuso: **a)** limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; **b)** dominar mercado relevante de bens e serviços; **c)** aumentar arbitrariamente os lucros; **d)** exercer de forma abusiva posição dominante. A fiscalização é exercida pelo CADE, autarquia instituída pela União.

3.3. CONTROLE DO ABASTECIMENTO

O controle do abastecimento é de alçada exclusiva da União e por ele permite-se a adoção de instrumentos capazes de compelir o

fornecimento ao mercado de produtos, bens e serviços indispensáveis à população. Em 1986 o País assistiu à aplicação dessa modalidade de intervenção, quando o Governo federal desapropriou bovinos para o fornecimento à população (era o Plano Cruzado do Governo José Sarney e a aplicação decorria da Lei Delegada n. 4/62).

3.4. TABELAMENTO DE PREÇOS

O tabelamento de preços é medida excepcional incidente sobre preços praticados pelo setor privado, buscando adequá-los ao mercado. Ele não incide sobre preços públicos, fixados pela Administração livremente, ou semiprivados, também fixados pela Administração, mas a partir de influências do mercado privado. O chamado preço político, que também não abriga qualquer hipótese de tabelamento, corresponde ao valor fixado pela Administração para servir de indicativo da política de preços do Estado. Apenas a União pode ordenar o tabelamento de preços.

Forma diversa de atuação Estatal tem-se quando o Estado intervém positivamente no domínio econômico, atuando como agente ou executor. Tanto pode se dar de forma direta (sempre que colocar produtos no mercado ou prestar, de forma remunerada, serviços públicos) ou de forma indireta (por intermédio das suas empresas públicas e sociedades de economia para a exploração de atividades econômicas).

A intervenção Estatal, porém, somente se compatibiliza com o sistema constitucional quando realizada por força de imperativos da segurança nacional ou diante de relevante interesse coletivo, tal como estabelecido no art. 173, *caput*, da CF.

Quadro sinótico – Intervenção na ordem econômica e financeira

Princípios — CF, art. 170	**a)** valorização do trabalho humano; **b)** valorização da livre iniciativa; **c)** livre exercício da atividade econômica; **d)** existência digna; **e)** justiça social; **f)** soberania nacional; **g)** propriedade privada;

Princípios — CF, art. 170	h) função social da propriedade; i) livre concorrência; j) defesa do consumidor; k) defesa do meio ambiente; l) redução das desigualdades regionais e sociais; m) busca pelo pleno emprego; n) fomento às empresas de pequeno porte.
Atuação excepcional	Atividade econômica: CF, arts. 170 e 173: a) Livre iniciativa. b) Atuação estatal excepcional — imperativos da segurança nacional ou relevante interesse coletivo.
Modalidades de intervenção	a) monopólio; b) repressão ao abuso econômico; c) controle de abastecimento; d) tabelamento de preços.

Capítulo VI
RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

1 INTRODUÇÃO E CONCEITO

Não se discute: a obrigação de reparar o dano causado a outrem também é atribuída ao Poder Público. A despeito disso, no passado várias teorias excluíam a responsabilidade civil do Estado, atenuavam-na ou impunham-lhe condicionantes (*v.* item 2). Atualmente, porém, a Constituição Federal expressamente prevê a responsabilidade objetiva do Estado e a responsabilidade subjetiva do agente público (CF, art. 37, § 6º). Assim, a responsabilidade civil do Estado corresponde à obrigação que lhe é imposta de reparar os danos causados por seus agentes, no exercício de suas funções.

A responsabilidade civil pode ser: contratual, quando decorrente de avença contratual; extracontratual, decorrente de ação ou omissão, lícita ou ilícita, atribuíveis ao Estado ou aos seus agentes.

Parte da doutrina a nomina de "responsabilidade civil da Administração", como sinônima de "responsabilidade civil do Estado". Acertada a segunda opção: a Administração não possui personalidade jurídica; quem a detém é o Estado, ou as pessoas jurídicas de direito público (União, Estados, Distrito Federal e Municípios); a elas é atribuída a responsabilidade.

Distingue-se, ainda, o dever de ressarcir (ressarcimento) do dever de indenizar (indenização). O ressarcimento decorre de ato ilícito; a indenização é devida mesmo em face de ato lícito que cause dano a terceiro. O Estado responde por atos lícitos e ilícitos dos quais resulte dano a interesse jurídico de outrem.

2 TEORIAS

A responsabilidade civil do Estado já recebeu diversos tratamentos ao longo da evolução da sociedade, conhecendo-se diversas teorias:

a) A teoria da *irresponsabilidade*, que excluía a responsabilidade civil do Estado sob o fundamento da "soberania", era própria dos Estados absolutos ("o rei não erra", "o rei não pode fazer mal", eram os seus princípios). Os Estados Unidos e a Inglaterra, que adotavam tal teoria, abandonaram-na em 1946 e 1947, respectivamente. Foi adotada no Brasil (Constituição do Império de 1824 e Constituição Republicana de 1891), mas jamais significou a impossibilidade absoluta de reparação do dano causado por atuação do Estado. Respondia pelo prejuízo o servidor ou *funcionário público* e não o Estado.

b) A teoria da *responsabilidade com culpa* (ou teoria civilista da culpa), que se funda em critérios do direito civil (privado), impondo-se a responsabilidade pelos atos de gestão editados pelo Estado, mas excluindo a possibilidade de obrigação decorrente de atos de império. Nos atos de gestão, em síntese, a atuação do Estado é próxima dos particulares, por isso submete-se ao regime de responsabilização civil; dos atos de império, porém, resulta evidente a soberania do Estado, não se sujeitando ao mesmo tratamento. As críticas centravam-se na divisão da personalidade do Estado, na dificuldade de estabelecimento da distinção, na prática dos chamados atos de gestão e de império e na indevida equiparação do Estado com os particulares. Mesmo quando afastadas as imprecisas distinções, sustentava-se que a responsabilidade somente decorria da comprovação da culpa (teoria da culpa civil ou da responsabilidade subjetiva). O Código Civil de 1916 adotou essa teoria (CC/16, art. 15). A aplicação da teoria civilista foi marcada por dois períodos: primeiro, a partir da distinção entre os atos de império (persistia a irresponsabilidade) e os atos de gestão (capazes de gerar a responsabilização civil do Estado); segundo, o que admitia apenas a responsabilização subjetiva, fundada na culpa do agente, nos moldes do direito civil.

c) As teorias *publicistas* (doutrina do direito público), das quais decorreram: a *teoria da culpa administrativa, do risco administrativo* e *do risco integral*. Com o advento das teorias próprias para a responsabilização civil do Estado, passou-se a admitir (no segundo momento) a responsabilidade objetiva do Estado.

Para melhor compreensão, tem-se:

a) teoria da irresponsabilidade;

b) teoria da responsabilidade com culpa (civilista ou da responsabilidade subjetiva);

c) teorias publicistas (doutrina de direito público):

— teoria da culpa administrativa;

— teoria do risco administrativo;

— teoria do risco integral.

2.1. TEORIAS PUBLICISTAS

As teorias publicistas (ou de direito público) afirmam a responsabilidade civil do Estado independentemente da culpa do agente ou do próprio Estado, bastando a comprovação da falha na prestação do serviço público ou o reconhecimento de que algumas atividades não são dissociadas da possibilidade de causar dano. A formulação de teorias próprias encontra origem no Caso Blanco, julgado em 1º de fevereiro de 1873 pelo Tribunal de Conflitos na França, que decidiu serem inaplicáveis as regras do direito privado para o julgamento de responsabilidade civil decorrente da prestação de serviços públicos. (O Caso Blanco, como é conhecido, envolveu Agnès Blanco, menina atropelada por um vagonete da Cia. Nacional de Manufatura de Fumo, na cidade de Bourdeaux. Seu pai promoveu a ação de indenização e o Tribunal de Conflitos entendeu ser competente o Tribunal Administrativo e indevida a associação com a responsabilidade civil regida pelo direito privado.) A impossibilidade de identificação do agente causador do dano, a concentração de atividades crescentes em mãos do Estado e a impossibilidade de o particular dele se defender justificaram o abandono das teorias civilistas, concebendo-se uma nova teorização aplicável ao Estado.

2.1.1. TEORIA DA CULPA ADMINISTRATIVA (OU CULPA NO SERVIÇO, CULPA ANÔNIMA DO SERVIÇO)

A "falta do serviço" (*faute du service*) passa a ser suficiente para a responsabilidade, ainda que não identificado o agente responsável pela ação. Por falta do serviço entenda-se: **a)** a inexistência propriamente

dita do serviço; **b)** o mau funcionamento do serviço; **c)** o retardamento do serviço. Do serviço (mal prestado, não prestado) decorre a possibilidade de responsabilização civil, independentemente de culpa do Estado ou do prestador do serviço público. Ainda que possa ser presumida a "falta do serviço" pela impossibilidade de comprovação, a responsabilidade ainda é *subjetiva*, já que o lesado terá de demonstrar a inadequação do serviço devido ou prestado pelo Estado (nesse sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de direito administrativo*, 12. ed., São Paulo: Malheiros, 2000, p. 787, que repisa o entendimento anterior do saudoso Oswaldo Aranha Bandeira de Mello).

2.1.2. TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO

Para a responsabilização basta a ocorrência do dano causado por ato "lesivo e injusto", não importando a culpa do Estado ou de seus agentes. Funda-se no risco que a atividade administrativa gera necessariamente, sendo seus pressupostos: **a)** a existência de um ato ou fato administrativo; **b)** a existência de dano; **c)** a ausência de culpa da vítima; **d)** o nexo de causalidade. Demonstrada a culpa da vítima, ou a ausência de nexo de causalidade, exclui-se a responsabilidade civil do Estado. O risco administrativo não autoriza o reconhecimento inexorável da responsabilidade civil do Estado, admitindo formas de exclusão (culpa da vítima, ausência de nexo de causalidade, força maior), ao contrário da teoria do risco integral. A justificar a adoção da teoria do risco administrativo tem-se a "solidariedade social", na medida em que todos devem contribuir para a reparação dos danos causados pela atividade administrativa. O Brasil adota, com variantes, essa teoria, dita objetiva, desde a Constituição de 1946.

Atualmente, a regra está estabelecida no art. 37, § 6º, abrangendo as pessoas jurídicas de direito público e as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos. Na legislação civil a teoria também foi acolhida (CC, art. 43), mas somente se refere às "pessoas jurídicas de direito público interno". Prevalece a abrangência da Constituição Federal e, por isso, a teoria do risco é aplicável tanto para os entes federados e as demais pessoas jurídicas de direito público (como as autarquias e fundações, por exemplo), como também para as empresas públicas, sociedades de economia mista e mesmo para as concessionárias e permissionárias de serviços públicos.

2.1.3. TEORIA DO RISCO INTEGRAL

A responsabilidade objetiva do Estado atinge o ápice com a consagração da teoria do risco integral, que não admite qualquer forma de exclusão, sempre que verificado prejuízo causado a terceiros por atos ou fatos administrativos. Não há aceitação dessa teoria no direito brasileiro, prevalecendo a tese de que seria inaplicável, porquanto sempre será admissível a exclusão da responsabilidade civil. Há quem sustente a incidência dessa teoria em matéria ambiental (*v*. Édis Milaré, *Direito do ambiente*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 338), porém a regra seria aplicável a todo e qualquer causador do dano ambiental e não apenas ao Estado. A causação de danos por atentados terroristas ou atos de guerra leva à responsabilização civil do Estado (a União responderá, assumindo a responsabilidade perante terceiros — *v*. Lei n. 10.309, de 22-11-2001).

3 RESPONSABILIDADE ESTATAL NO DIREITO BRASILEIRO

A Constituição Federal acolheu a responsabilidade objetiva do Estado (CF, art. 37, § 6º) : "As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa".

Basta, portanto, a ocorrência do dano resultante da atuação administrativa, independentemente de culpa. A norma constitucional é aplicável à Administração direta e indireta (inclusive para as fundações), bem assim às prestadoras de serviço público, ainda que constituídas sob os domínios do direito privado.

Tem-se, pois, a responsabilidade civil do Estado:

a) por atos e fatos administrativos praticados por qualquer das pessoas jurídicas de direito público (União, Estados, Distrito Federal, Municípios, Territórios, autarquias e a maioria das fundações) e por pessoas jurídicas de direito privado (empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações regidas pelo direito civil) que prestem serviços públicos, bem assim por atos decorrentes de

prestadores de serviços públicos em regime de concessão ou permissão (concessionários, permissionários);

b) nos casos em que haja nexo de causalidade entre o ato ou fato administrativo executado e o dano dele resultante;

c) quando o dano tenha sido praticado por agente público (em sentido amplo), no exercício de suas funções.

A norma constitucional assegura, por fim, a responsabilidade subjetiva do agente público, ditando a possibilidade da ação regressiva.

Veja-se que também os entes de cooperação (ou paraestatais) respondem objetivamente por danos que seus agentes causarem a terceiros, sempre que resultantes do exercício de funções delegadas pelo Poder Público (por exemplo, organizações sociais, serviços sociais autônomos). Empresas públicas e sociedades de economia mista que exploram atividades econômicas estão sujeitas ao mesmo regime aplicável ao setor privado (em regra, a responsabilidade será contratual e subjetiva). No entanto, se tais entidades estatais celebram contratos privados identificáveis como de *consumo,* responderão objetivamente. Nessa hipótese, ainda que inaplicável a regra do art. 37, § 6º, da Constituição Federal, será objetiva a responsabilidade em razão do Código de Defesa do Consumidor e dos arts. 927, parágrafo único, e 931 do Código Civil.

Daí o cuidado que se deve tomar: respondem objetivamente as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviço público por força do art. 37, § 6º, da Constituição Federal, e podem as demais entidades (exploradoras de atividade econômica) responder objetivamente por força de disposições legais infraconstitucionais.

A doutrina não é unânime em afirmar a responsabilidade subjetiva para a hipótese de omissão do Estado (como sugere Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de direito administrativo*, cit., p. 787), havendo os que a compreendem como *objetiva* (v. g., José dos Santos Carvalho Filho, *Manual de direito administrativo*, 19. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 443). O Supremo Tribunal Federal já decidiu ser subjetiva (*RT*, 753/156), mas também proclamou ser objetiva (RE 109.615/RJ). Afirmando a responsabilidade subjetiva: "ato omissivo do Poder Público, a responsabilidade passa a ser subjetiva, exigindo dolo ou culpa, numa das três vertentes, negligência, imperícia ou im-

prudência, não sendo, entretanto, necessário individualizá-la" (*RT*, 753/156). Mais recentemente, entretanto, o Supremo reconheceu ser a responsabilidade objetiva: "... Caracteriza-se a responsabilidade civil objetiva do Poder Público em decorrência de danos causados, por invasores, em propriedade particular, quando o Estado se omite no cumprimento de ordem judicial para o envio de força policial ao imóvel invadido" (RE 283.989/PR, rel. Min. Ilmar Galvão). A corrente majoritária afirma ser objetiva a responsabilidade decorrente de atos omissivos, como anota Carlos Roberto Gonçalves, *Responsabilidade civil,* São Paulo: Saraiva, 2004, p. 182.

3.1. EXCLUSÃO DA RESPONSABILIDADE

Não há falar em responsabilidade objetiva do Estado, com fundamento no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, por:

a) danos causados por terceiros (por exemplo, furto de veículo estacionado em via pública e mesmo em área reservada — zona azul, mas desde que não concorra ação ou omissão do Estado);

b) danos causados pela natureza (por exemplo, chuva em proporções imprevisíveis, mas desde que não concorra ação ou omissão do Estado); e

c) danos causados pela atividade exercida por pessoas jurídicas de direito privado que explorem atividade econômica, respondendo as próprias entidades e na forma da legislação civil (CC, art. 927, parágrafo único).

A responsabilização do Estado, nas hipóteses arroladas (caso fortuito e força maior), poderá ser alcançada se ele contribuiu (por ação ou omissão) para o resultado. São exemplos correntes: inundações de galerias, túneis, quedas de energia elétrica em razão da má conservação da rede de distribuição etc. Predomina o entendimento de que a hipótese é de responsabilidade objetiva. Veja-se: "Preso assassinado por outro detento — Verba devida — O assassinato de preso na prisão por outro detento gera ao Poder Público o dever de indenizar, pois cumpre ao Estado tomar as medidas necessárias para assegurar a integridade física dos seus custodiados, o que efetivamente não ocorre quando o agente público, além de recolher o encarcerado à cela com excesso de lotação, não toma as medidas necessárias para evitar a introdução

de arma no recinto" (STF, *RT*, 751/202). Ou, ainda: "Indenização — Acidente de trânsito — Evento ocasionado por buraco na via pública sem a devida sinalização — Inexistência de culpa da vítima — Verba devida em face do princípio da teoria do risco administrativo — Inteligência do art. 37, § 6º, da CF" (*RT*, 747/285).

O dano causado a particulares por obras (*fato da obra*) realizadas pelo Estado pode ensejar a aplicação da regra constitucional da responsabilidade objetiva, assim como determinar a apuração da responsabilidade segundo os princípios da legislação civil. É que em razão do fato da obra pública responde o Estado; em razão da má execução da obra responde, de início, o contratado, e a responsabilidade será subjetiva (decorrente de imprudência, negligência ou imperícia). A responsabilidade do Estado poderá ser solidária se o resultado adveio da ausência de fiscalização na execução do projeto (cf. Marçal Justen Filho, *Comentários à Lei de Licitações e contratos administrativos*, 8. ed., São Paulo: Ed. Dialética, 2000, p. 566). Para Odete Medauar, a responsabilidade do Estado é solidária (*Direito administrativo moderno*, 5. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 447-8), e para José dos Santos Carvalho Filho é subsidiária (*Manual de direito administrativo*, cit., p. 426).

4 RESPONSABILIDADE POR ATOS LEGISLATIVOS

O Estado não responde, em princípio, por atos legislativos que venham a causar danos a terceiros. Fá-lo-á, todavia, se restar comprovado que "a lei inconstitucional causou dano ao particular", como tem decidido o Supremo Tribunal Federal (*RDA*, 191/175). Há crescente oposição aos que sustentam a irresponsabilidade do Estado por atos legislativos, não encontrando guarida os fundamentos daquela posição (dizem que a natureza soberana da função legiferante e a impessoalidade como características dos atos normativos etc. afastam a responsabilidade). Em verdade, apenas a lei em tese dificilmente permitirá a apuração da responsabilidade do Estado; leis de efeitos concretos, por outro lado, sempre admitem cogitar da responsabilidade do Estado, como ocorre nas desapropriações.

O Poder Legislativo responde objetivamente por atos administrativos, não se confundindo com o exercício de sua função precípua.

5 RESPONSABILIDADE POR ATOS JURISDICIONAIS

O Poder Judiciário não responde, em princípio, por atos jurisdicionais dos quais decorra prejuízo a terceiro. A irresponsabilidade é justificada pela necessária independência do Judiciário, por sua soberania, pela autoridade da coisa julgada e pela natureza dos agentes que exercitam o poder (juízes são agentes políticos). A teoria da irresponsabilidade também é rechaçada: soberano é o Estado, e seus três Poderes devem obediência à lei; os três devem ser independentes e por esse fundamento excluir-se-ia a responsabilidade do Poder Executivo também; a coisa julgada gera a imutabilidade da sentença, mas também é relativizada pelos institutos da ação rescisória e da revisão criminal; e, por fim, juízes, a despeito de serem agentes políticos, não deixam de ser agentes públicos (a Constituição Federal não exclui os agentes políticos, referindo-se a agente — art. 37, § 6º). Aplica-se, na hipótese de erro judiciário, a regra constante do art. 5º, LXXV, da Constituição: "o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença". Em matéria criminal, diga-se, o Código de Processo Penal já previa: "Art. 630. O Tribunal, se o interessado o requerer, poderá reconhecer o direito a uma justa indenização pelos prejuízos sofridos". Pessoalmente, porém, o juiz poderá ser responsabilizado: **a)** se agiu com dolo ou culpa; **b)** se recusou, omitiu ou retardou, injustificadamente, ato que deveria ordenar, quando instado a fazê-lo (CPC, art. 133, II).

O Judiciário pode praticar tanto atos judiciários (administrativos ou não decorrentes da função precípua do Judiciário), e a responsabilidade será objetiva, como atos jurisdicionais (resultantes da função típica do Poder), e sobre estes é que a controvérsia se encerra.

O Supremo Tribunal Federal já considerou inadequado o ajuizamento de ação de ressarcimento em face do magistrado, admitindo-o apenas contra a pessoa jurídica de direito público. A responsabilidade civil do juiz, por ser agente político e não ser concorrentemente responsável, somente pode ser afirmada em ação regressiva movida pela pessoa jurídica de direito público interno (RE 228.977/SP, rel. Min. Néri da Silveira, *DJ*, 12-4-2002).

6 REPARAÇÃO DO DANO

A reparação pode ser amigável (administrativa) ou judicial. A primeira, de difícil ocorrência, dá-se direta e internamente depois de apurado o *quantum* em sede de procedimento administrativo próprio; a segunda, por provimento judicial, em sede de ação de conhecimento condenatório. O lesado não necessita requerer administrativamente o pagamento, podendo ajuizar a ação desde logo. Se obtida a conciliação no âmbito do processo administrativo, o pagamento poderá ser parcelado. Se a reparação envolver a transferência de bem imóvel, dependerá de autorização legislativa.

6.1. PRESCRIÇÃO

A pretensão do lesado deve ser exercida, seja na via administrativa, seja na via judicial, antes de verificado o trato temporal reservado para a prescrição da ação. Em face do Código Civil (art. 206, § 3º,V), o prazo prescricional passou a ser de três anos para a pretensão da reparação civil, contando-o a partir do fato violador do direito (CC, art. 189), salvo se dependente de apuração criminal (CC, art. 200).

O tema não é pacífico, e há os que sustentam a persistência dos prazos diferenciados para a ação de ressarcimento movida em face de pessoas jurídicas de direito público e de direito privado (Dec. n. 20.910/32; Lei n. 9.947/97). Assim, há os que sustentam ser o prazo igual a cinco anos para as ações movidas em face de pessoa jurídica de direito público ou pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviços públicos (art. 1º-C da Lei n. 9.494/97, com redação dada pela MP n. 2.180-35, de 24-8-2001), sendo de vinte anos para as exploradoras de atividade econômica (STJ, Súmula 39). Temos que deve prevalecer a nova regra prevista no Código Civil, porque geral e aplicável a todas as ações de ressarcimento, mas também porque compatível com o Decreto n. 20.910/32 (art. 10). Nem faria sentido que as ações movidas entre particulares pudessem ficar sujeitas a prazo inferior ao fixado para as ações movidas *em face* do Estado (haveria inversão da supremacia do interesse defendido, privilegiando-se o interesse privado). A matéria, como dito, sugere dúvidas. Contra o posicionamento aqui adotado, veja-se Misael Montenegro Filho, *Revista de Direito Ad-*

ministrativo, p. 121-2). A favor do posicionamento que restringe o prazo para três anos, veja-se José dos Santos Carvalho Filho, *Manual de direito administrativo*, cit., p. 519). Por fim, as ações de reparação civil movidas em favor do Estado (ou seja, o Estado é que sofreu dano ou prejuízo) não estão sujeitas aos referidos prazos prescricionais (CF, art. 37, § 5º), mas desde que a lesão tenha decorrido de ilícito perpetrado por um de seus agentes (*v.* item 7 — "Da ação regressiva").

A via judicial, usualmente adotada, pode ser a escolhida pela vítima, seus herdeiros, sucessores e cessionários, que ajuizarão a ação em face da pessoa jurídica de direito público (União, Estados, Distrito Federal, Municípios e autarquias) ou pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público causadora do dano. A ação não é promovida em face de órgão público, mas da pessoa jurídica de direito público ou de direito privado. O Supremo Tribunal Federal, adequadamente, compreende que a ação de interesse do particular não deve ser movida em face do agente público, que somente responde na ação regressiva. Em síntese: a norma do art. 37, § 6º, constitui dúplice garantia, a primeira, para o particular, que pode acionar as pessoas jurídicas de direito público ou de direito privado prestadoras de serviços públicos; a segunda, ao agente público, que somente responde administrativa e civilmente perante a Administração (RE 327.904, j. 15-8-2006).

Divergem a doutrina e a jurisprudência sobre a possibilidade de denunciação da lide do servidor público causador do dano. Há os que entendem impossível ou indevida a denunciação (v. g., Hely Lopes Meirelles, Diogenes Gasparini, e nesse sentido TJMG, AI 300.634-3/0, rel. Des. Almeida Neto), porque o fundamento da responsabilização será diverso (do Estado, objetiva; do agente, subjetiva); há os que entendem facultativa (v. g., Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Yussef Said Cahali, Vicente Greco Filho, e nesse sentido STJ, REsp 197.966/SP, 212.213/MG, 163.096/SP, 61.455/PA e 392.240/DF) como há os que a compreendem obrigatória. É aceita majoritariamente a possibilidade de denunciação (veja-se também STJ, REsp 165.411/ES e 181.601/RS, ambos relatados pelo Min. Garcia Vieira).

Em princípio, temos cabente a denunciação somente se a ação em face do Estado for fundada na culpa do agente, ou seja, quando se

lhe imputa a causação do evento danoso. A impossibilidade de denunciação na ação reparatória movida em face do Estado decorre, em outras hipóteses, da inexistência de qualquer relação mantida pelo particular com o agente, significando dizer que ele não é o garantidor da obrigação que se quer impor ao Estado. Se não atribuída a causação do dano à atuação culposa de determinado agente (ainda que não identificado), não poderá o Estado confessar a ação e denunciar à lide o servidor, mas, se a ação for fundada na culpa do agente, pode ser razoável a admissão da denunciação. O Supremo Tribunal Federal, como visto, já compreendeu inadequado o ajuizamento de ação em face de magistrado (item 5, *supra*), e não contra a pessoa jurídica de direito público, por não ser o agente político responsável concorrentemente. Do mesmo modo, já excluiu a possibilidade da ação *direta* do particular em face do agente (RE 327.904). Assim, eventual responsabilidade somente pode ser afirmada em ação regressiva (no mesmo sentido, RE 228.977/SP, rel. Min. Néri da Silveira, *DJ*, 12-4-2002). A Lei n. 8.112/90 (art. 122, § 2º) admite a responsabilização do agente apenas em face de ação regressiva, e a não aceitação da denunciação é a orientação do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (Enunciado Cível n. 21, de 2001). Com isso, tem-se inegável tendência à exclusão tanto da ação movida diretamente em face do agente como, por extensão, o reconhecimento da impossibilidade de denunciação.

A execução da sentença seguirá a regra ordenada pela Constituição Federal, art. 100, e pelo Código de Processo Civil (arts. 730 e 731): se a sentença não fixou os valores, proceder-se-á à liquidação. Liquidados os danos, requisitar-se-á o pagamento. O não pagamento ou a desatenção à ordem dos precatórios poderão ensejar, respectivamente, a intervenção (CF, arts. 34, VI, e 36, § 3º), ou o sequestro da quantia necessária.

7 DA AÇÃO REGRESSIVA

Fixada a responsabilidade do Estado e efetivada a indenização devida ao particular que sofreu lesão, decorrerá a possibilidade de regresso em face daquele que causou o dano, agente público ou não. Trata-se de "direito de regresso" submisso aos rigores do regime jurí-

dico-administrativo, não assistindo ao administrador nenhuma possibilidade de deixar de buscar a responsabilização, salvo se inexistente a culpa do servidor. O direito tem a característica de dever (vige a indisponibilidade do interesse público) e não está sujeito a prazo prescricional (CF, art. 37, § 5º). A imprescritibilidade da ação em favor do patrimônio público tem sido admitida pelo STJ (por exemplo, AgRg no REsp 1038103/SP; REsp 801846/AM; REsp 902.166/SP; REsp 1107833/SP). Em sentido oposto, no entanto, Celso Antônio Bandeira de Mello defende a prescritibilidade, em cinco ou dez anos, conforme tenha o agente atuado ou não com má-fé (*Curso de direito administrativo*, 27. ed., São Paulo: Malheiros, 2010, p. 1065).

O Estado, assim, ajuizará a ação regressiva sempre que reunidas provas da culpa do agente público, buscando reaver tudo quanto tenha sido efetivamente pago pelo dano suportado por outrem. A ação dependerá, assim, da atuação dolosa ou culposa do agente e da condenação anterior do Estado, que arcou com o ressarcimento devido à vítima. O falecimento, a demissão, a exoneração, a disponibilidade ou a aposentadoria do agente não obstam a ação regressiva, que pode ser ajuizada em face de herdeiros ou sucessores.

8 RESPONSABILIDADE POR ATOS ILÍCITOS

Por ato ilícito praticado por agente público também responde objetivamente o Estado. O agente público, porém, ficará sujeito, além da responsabilização civil, também à apuração da responsabilidade criminal e administrativa. As "instâncias" não se comunicam, ao menos em princípio. Assim, independentemente da decisão proferida no juízo criminal, haverá decisão administrativa e na ação civil intentada no Judiciário, seja para assegurar o direito de regresso, seja para apurar outros ilícitos (*v*. Capítulo IX — Improbidade Administrativa).

A incomunicabilidade das instâncias é relativizada pela influência que a sentença penal pode exercer no campo civil e na seara administrativa. Ela pode produzir efeitos que asseguram o regresso, tornando certa a obrigação de reparar o dano (CP, art. 91, I), como também pode determinar a perda do cargo, da função pública ou do mandato eletivo (CP, art. 92, I, *a* e *b*).

A sentença penal não exercerá nenhuma influência se o agente tiver sido absolvido: **a)** porque o fato não constitui crime; **b)** por falta de provas da existência do fato ou da autoria; **c)** porque não concorreu para a infração. Também não interferirá se considerar presente causa excludente da culpabilidade (CPP, art. 386, V), ao contrário do que ocorre com a sentença penal que: **a)** reconhecer presente qualquer das causas excludentes da ilicitude; **b)** reconhecer a inexistência do fato; **c)** negar a autoria atribuída ao agente público.

Quadro sinótico – Responsabilidade civil do Estado

Responsabilidade civil	**Teorias — Evolução**	— da irresponsabilidade; — da responsabilidade com culpa; — da culpa; — do risco administrativo; — do risco integral.
	Brasil	— responsabilidade objetiva (CF, art. 37, § 6º); — teoria do risco administrativo.
	Há responsabilidade civil do Estado	**a)** por atos e fatos administrativos praticados por qualquer pessoa de direito público ou em razão da prestação de serviços públicos; **b)** nos casos em que haja nexo de causalidade entre o ato administrativo executado e o dano dele resultante; **c)** quando o dano tenha sido praticado por agente público (em sentido amplo), no exercício de suas funções.
	Pessoas jurídicas de direito público e de direito privado exploradoras de atividade econômica	Por força do art. 37, § 6º, da CF, podem as demais entidades (exploradoras da atividade econômica) responder objetivamente por força de disposições legais infraconstitucionais.

Responsabilidade civil	Exclusão da responsabilidade objetiva do Estado (art. 37, § 6º, da CF)	a) danos causados por terceiros; b) danos causados pela natureza; c) danos causados pela atividade exercida por pessoas jurídicas de direito privado que explorem atividade econômica, respondendo as próprias entidades e na forma da legislação civil (CC, art. 927, parágrafo único).
	Reparação do dano: prescrição	Três anos (CC, arts. 206, § 3º, V, 189 e 200), não sendo pacífico o tema.

Capítulo VII
CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO

1 INTRODUÇÃO

Toda a atuação administrativa está condicionada à observância de princípios expressos na Constituição Federal (art. 37). Legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência constituem os princípios básicos da Administração Pública brasileira. Outros princípios, de direito público e de direito administrativo, informam também a atuação administrativa, v. g., a supremacia do interesse público, a continuidade do serviço público, a especialidade etc. Significa dizer que não há atuação legítima da Administração divorciada dos princípios informadores do direito administrativo e da Administração Pública.

O ato praticado por agente incompetente ou com finalidade diversa da estatuída em lei constitui ato incapaz de produzir efeitos válidos, sendo passível de revogação pela própria Administração, ou de anulação pelo Judiciário.

A possibilidade de controle interno (que constitui princípio de direito administrativo) e de outro Poder rever atos administrativos insere-se no campo do controle a que se sujeita a Administração Pública de qualquer dos Poderes do Estado.

2 FUNDAMENTO

Toda a atividade administrativa é orientada para a satisfação do interesse público e se assenta no primado da Legalidade. A Lei permite a atuação e condiciona, direta ou indiretamente, o modo de exercício das prerrogativas públicas. Os princípios e regras do regime jurídico a que se submete a Administração permite que a fiscalização incida sobre os seus atos, seja para anulá-los, seja para revogá-los.

O objetivo do controle é assegurar, de um lado, o direito dos administrados e, de outro, conformar o exercício da função administrativa às normas jurídicas a cuja observância ela está obrigada. Descende diretamente da opção republicana a inafastabilidade de controle interno e externo.

3 CLASSIFICAÇÃO (TIPOS) DE CONTROLE

Basicamente, o controle pode ser *interno ou externo*, *administrativo, legislativo e jurisdicional*, conforme seja realizado ou não pela própria Administração ou pelos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.

É possível, porém, identificarmos diversas espécies de controle exercitáveis sobre a atividade administrativa.

✓ *Quanto ao objeto*, pode ser:

a) de legalidade;

b) de mérito.

O controle em razão da *legalidade* é exercido pela própria Administração ou pelo Judiciário, impondo-se na eventual ilegalidade a anulação do ato administrativo. Em razão do *mérito*, porém, apenas a Administração o exercitará, julgando a oportunidade e conveniência da manutenção do ato já editado.

A doutrina não registra distinção entre o controle de legalidade e o de legitimidade, dando-os no mais das vezes como sinônimos. No entanto, melhor será adequarmos o controle de legitimidade ao cumprimento da finalidade pública da atividade administrativa, relegando o controle dito de legalidade à observância ou não das normas jurídicas incidentes para a atividade.

Desse modo, teremos:

a) Controle de legalidade — exercitável pela própria Administração que conserva a prerrogativa de rever os seus próprios atos. Trata-se de dever (e não faculdade), operando efeitos retroativos (*v.* Súmula 473 do STF). Pode ser exercido pelo Judiciário ou pelo Legislativo, nos casos admitidos na Constituição.

b) Controle de mérito — exercitável pela própria Administração, que conserva a prerrogativa de avaliar a conveniência e oportunidade dos seus próprios atos. É realizável pelo Judiciário, pelo Legislativo

e Executivo, mas sempre sobre os seus próprios atos. A revogação não opera efeitos retroativos, conservando os efeitos do ato até a sua formal revogação.

✓ *Quanto ao momento* em que é exercido, pode ser:

a) prévio;

b) concomitante;

c) sucessivo, conforme seja realizado antes, durante ou depois de o ato ser editado.

Esse tipo de controle é, em regra, exercido pela própria Administração, ressalvadas raras hipóteses de controle concomitante por outro Poder, como ocorre nas concessões de liminares em mandados de segurança e ações civis públicas.

✓ *Quanto ao órgão executor*, pode ser:

a) administrativo;

b) legislativo;

c) jurisdicional — cujo estudo virá a seu tempo.

Hely Lopes Meirelles noticia, ainda, o *controle hierárquico*, próprio do escalonamento dos órgãos do Executivo; o *controle finalístico*, que não se baseia no poder hierárquico mas permite a constante fiscalização de uma entidade controladora, e o *controle externo popular* (CF, art. 31, § 3º), que obriga o Executivo e o Legislativo, nos Municípios, a transmitirem informações sobre suas contas, colocando-as à disposição do contribuinte por sessenta dias (*Direito administrativo brasileiro*, cit., p. 599-600). De fato, se retomados os conceitos já estudados no capítulo próprio para a organização administrativa, teremos:

a) Controle hierárquico — realizado internamente, decorrente da desconcentração administrativa e próprio da vinculação hierárquica que é estabelecida entre órgãos e agentes na estrutura da Administração Pública. É típico dos que exercem atividades ou funções administrativas e não incide sobre atos praticados a partir de independência funcional ou com ampla margem de discricionariedade. Por isso, diz respeito ao Executivo e seus agentes e não atinge Magistrados ou Membros do Legislativo no exercício de suas atividades precípuas. Orienta, porém, a atuação administrativa de membros do Judiciário e do Legislativo. Com isso, há incidência

da hierarquia no Judiciário, no Ministério Público, no Legislativo, porém não quanto ao exercício da função jurisdicional, ministerial ou legislativa. Não há controle hierárquico entre entidades da Administração, mas mera sujeição a controle, fiscalização ou tutela.

b) Controle finalístico — realizado interna ou externamente, nos limites da lei. Decorre do controle, tutela ou supervisão a que estão sujeitas todas as entidades da Administração Indireta e almeja a verificação dos resultados alcançados pela atuação administrativa. Admite-se o exercício excepcional do controle sempre que a equivocada atuação puder gerar grave comprometimento do interesse público (tutela extraordinária).

4 CONTROLE ADMINISTRATIVO

O controle administrativo é o que decorre da aplicação do princípio do autocontrole, ou autotutela, do qual emerge o poder com idêntica designação (poder de autotutela). A Administração tem o dever de anular seus próprios atos, quando eivados de nulidade, podendo revogá-los ou alterá-los, por conveniência e oportunidade, respeitados, nessa hipótese, os direitos adquiridos. Trata-se da aplicação da Súmula 473 do Supremo Tribunal Federal: "A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial".

A faculdade de proceder à revogação ou ao dever de anular seus próprios atos, porém, não deve conduzir a abusos. "É defeso ao Estado, após declarar, por ato próprio, a nulidade do procedimento disciplinar, anular o ato que declarara a nulidade e, automaticamente, demitir o indiciado" (STJ, *RSTJ*, 53/405).

5 CONTROLE ADMINISTRATIVO EXERCITADO DE OFÍCIO

O controle é exercitado de ofício, pela própria Administração, ou por provocação. Na primeira hipótese, pode decorrer de: a) fisca-

lização hierárquica; **b)** supervisão superior; **c)** controle financeiro; **d)** pareceres vinculantes; **e)** ouvidoria.

5.1. FISCALIZAÇÃO HIERÁRQUICA

Decorre do poder hierárquico, que faculta à Administração a possibilidade de escalonar sua estrutura, vinculando uns a outros e permitindo a ordenação, coordenação, orientação de suas atividades. Dela derivam as prerrogativas ao superior hierárquico de delegar e avocar atribuições, assim também o dever de obediência. A fiscalização hierárquica pode ser realizada a qualquer tempo, antes ou depois da edição do ato, e independentemente de qualquer provocação. Como visto anteriormente, não há vinculação hierárquica entre entidades ou órgãos integrantes de entidades diferentes; incide apenas internamente. A fiscalização exercida externamente é chamada de tutela, controle ou supervisão.

5.2. SUPERVISÃO SUPERIOR

Difere da fiscalização hierárquica porque não pressupõe o vínculo de subordinação, ficando limitada a hipóteses em que a lei expressamente admite a sua realização. No âmbito da Administração Pública Federal é nominada de "supervisão ministerial" e aplicável às entidades vinculadas aos ministérios (Dec.-Lei n. 200/67, arts. 19 e s.).

5.3. CONTROLE FINANCEIRO

O art. 74 da Constituição Federal determina que os Poderes mantenham sistema de controle interno com a finalidade de "avaliar o cumprimento das metas previstas no plano plurianual, a execução dos programas de governo e dos orçamentos da União; comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da Administração Federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado; exercer o controle das operações de crédito, avais e garantias, bem como dos direitos e haveres da União; apoiar o controle externo no exercício de sua missão institucional".

5.4. PARECERES VINCULANTES

Trata-se de controle preventivo sobre determinados atos e contratos administrativos realizado por órgão técnico integrante da Administração ou por órgão do Poder Executivo (como ocorre com a Procuradoria-Geral do Estado). A Lei n. 8.666/93, por exemplo, determina que as licitações sejam apreciadas preventivamente pelo órgão jurídico da entidade que as realiza, sob pena de nulidade. O mesmo sucede nos processos administrativos disciplinares, em que o órgão jurídico opina antes da decisão final. O parecer emitido, via de regra, não pode ser contestado em seu aspecto técnico, e tem caráter vinculante para o administrador. No Estado de São Paulo, as Consultorias Jurídicas das Secretarias de Estado exercitam esse papel com brilhantismo.

5.5. OUVIDORIA

Modernamente, a Administração Pública brasileira tem adotado esse similar do *ombudsman* estrangeiro. No âmbito federal, em 1995, previu-se a Ouvidoria-Geral da República vinculada à estrutura do Ministério da Justiça; no Estado de São Paulo, a Ouvidoria foi criada, também em 1995, junto à Secretaria de Estado da Segurança Pública. De eficiência discutível, a Ouvidoria tem-se dedicado a receber reclamações de populares e usuários dos serviços públicos afetos àquela Pasta. A Ouvidoria limita-se a proceder ao encaminhamento das reclamações que recebe. Teve origem nos países nórdicos, ainda em 1713, sendo sucessivamente adotada pela Suécia, Finlândia, Noruega, Dinamarca, conseguindo adeptos na Europa (Alemanha, em 1956; Inglaterra, em 1967).

5.6. RECURSOS ADMINISTRATIVOS HIERÁRQUICOS OU DE OFÍCIO

Por vezes a lei condiciona a decisão ao reexame superior, carecendo ser conhecida e eventualmente revista por agente hierarquicamente superior àquele que decidiu. O reexame é decorrente do poder hierárquico, que consagra prerrogativas próprias do agente superior (delegar atribuição, avocá-las, fiscalizar, rever decisões).

O recurso administrativo hierárquico ou de ofício não é interposto pelo interessado. Trata-se de instrumento de prevenção interna adotado pelo próprio agente autor da decisão, que remete o procedimento ao superior hierárquico a fim de que reexamine a matéria decidida. Normalmente, as hipóteses que abrigam o recurso hierárquico permitem-no em face de decisões contrárias à pretensão da própria Administração.

6 CONTROLE ADMINISTRATIVO EXERCITADO POR PROVOCAÇÃO

A segunda hipótese de controle interno, ou administrativo (por provocação), pode decorrer de:

a) direito de petição;

b) pedido de reconsideração;

c) reclamação administrativa;

d) recurso administrativo.

6.1. DIREITO DE PETIÇÃO

A Constituição Federal assegura a todos, independentemente do pagamento de taxas, "o direito de petição *aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder*" (art. 5º, XXXIV, *a*).

Não se confunde com o direito de representação, que pode ensejar a apuração de responsabilidade administrativa do agente público, e menos com os remédios constitucionais (ação popular, mandado de segurança, *habeas data*, *habeas corpus*, mandado de injunção), porque não possui natureza de "ação judicial".

O direito individual consagrado no inciso XXXIV é amplo, e seu exercício não reclama legitimidade ou interesse comprovado. Pode, assim, ser a petição individual ou coletiva subscrita por brasileiro ou estrangeiro, pessoa física ou jurídica, e ser endereçada a qualquer dos Poderes do Estado. Já vem contemplada na legislação infraconstitucional (Lei n. 4.898/65 — Lei de Abuso de Autoridade). A recusa ou a omissão do agente destinatário pode ensejar a violação de direito líquido e certo, possibilitando a impetração de mandado de segurança.

A história registra o direito de petição desde a Idade Média. Nascido na Inglaterra (*right of petition*), foi consagrado nas Declarações de Direito da Pensilvânia de 1776 (art. 16) e na Constituição Francesa de 1791 (art. 3º). É da tradição constitucional brasileira a sua consagração, conquanto desconhecida e pouco utilizada.

6.2. PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO

Próximo do recurso administrativo, o pedido de reconsideração abriga requerimento que objetiva a revisão de determinada decisão administrativa. Diferentemente do "direito de petição", exige a demonstração de interesse daquele que o subscreve, podendo ser exercido por pessoa física ou jurídica, brasileira ou estrangeira, *desde que detentora de interesse*. O prazo para sua interposição deve estar previsto na lei que autoriza o ato; no seu silêncio, a prescrição opera-se em um ano, contado da data do ato ou decisão (Diogenes Gasparini, *Direito administrativo*, 5. ed., São Paulo: Saraiva, 2000, p. 727). O exemplo comum desse instrumento de controle está previsto no art. 109, III, da Lei n. 8.666/93, que permite o endereçamento de pedido de reconsideração perante a autoridade que aplicou sanção em face do descumprimento contratual.

6.3. RECLAMAÇÃO ADMINISTRATIVA

Trata-se de pedido de revisão que impugna ato ou atividade administrativa. "É a oposição solene, escrita e assinada, a ato ou atividade pública que afete direitos ou interesses legítimos do reclamante. Dessas reclamações são exemplos a que impugna lançamentos tributários e a que se opõe a determinada medida punitiva" (Diogenes Gasparini, *Direito administrativo*, cit., p. 728). A Administração está obrigada a conhecer a reclamação e a respondê-la, salvo se já extinta a sua possibilidade pela prescrição (um ano contado da data do ato ou da atividade). Não guarda relação com a reclamação jurisdicional e que se processa perante os Tribunais como garantia da autoridade das decisões colegiadas, como veremos (controle jurisdicional).

6.4. RECURSO ADMINISTRATIVO

Recurso é instrumento de defesa, meio hábil de impugnação ou possibilitador de reexame de decisão da Administração. Os recursos

administrativos podem ser: **a)** provocados ou voluntários; **b)** hierárquicos ou de ofício. Quanto aos efeitos: **a)** suspensivos; ou **b)** meramente devolutivos.

Recurso provocado é o interposto pelo interessado, pelo particular, devendo ser dirigido à autoridade competente para rever a decisão, contendo a exposição dos fatos e fundamentos jurídicos da irresignação. O recurso implicará o exame da matéria já decidida, devendo tal decisão ser fundamentada, seja para o acolhimento das razões recursais, seja para o não provimento do recurso (STF, *RDA,* 80/147). O reexame será amplo, podendo ir além do pedido e mesmo ser decidido contra o recorrente (admite-se a *reformatio in pejus*), salvo se se tratar de recurso hierárquico ou de ofício. Nada obsta, ainda, que, presente o recurso, julgue o administrador conveniente a revogação da decisão, ou a sua anulação, ainda que o recurso não objetive tal providência. Os recursos sempre produzem efeitos devolutivos, permitindo o reexame da matéria decidida (devolve à Administração a possibilidade de decidir), e excepcionalmente produzirão efeitos suspensivos, obstando a execução da decisão impugnada.

Dentre os recursos que operam efeitos suspensivos cita-se o interposto contra a habilitação do licitante (Lei n. 8.666/93, art. 109, I, § 2º, primeira parte). Ao contrário, o recurso contra a revogação da licitação, porém, não opera tais efeitos, produzindo tão somente o efeito devolutivo.

A decisão proferida no recurso produz a coisa julgada administrativa, conferindo imutabilidade para decisão no âmbito da Administração (o que não veda a apreciação pelo Judiciário). *A não interposição de recurso no prazo assinalado pela lei torna operante a "preclusão administrativa", ou perda da faculdade de recorrer.*

A decisão que comporta recurso com efeito suspensivo impede a impetração de mandado de segurança (Lei n. 1.533/51, art. 5º, I), obstando o curso da prescrição, mas não pode lei ou regulamento condicionar o ingresso em juízo ao esgotamento das vias administrativas, excetuadas as decisões tomadas em matéria relativa à disciplina e às competições desportivas (CF, arts. 5º, XXXV, e 217, § 1º).

O recurso provocado deve ser dirigido ao superior hierárquico, ou a quem a lei comine a função revisora. Não se admite, porém, que

a lei atribua a um Poder a revisão administrativa de atos ou decisões de outro Poder, assim como a espontânea revisão, com usurpação de funções. O Supremo Tribunal Federal já decidiu: "O legislador não pode anular atos do executivo, com usurpação do controle jurisdicional, da competência do Poder Judiciário" (*RDA*, 112/196).

7 PRESCRIÇÃO ADMINISTRATIVA

A supressão do direito de impugnar ato ou decisão administrativa, ou da possibilidade de a própria Administração decidir, pode ser conceituada como sendo a prescrição administrativa.

Há, pois, duas formas de prescrição: a que atinge o administrado ou agente público e a que atinge a própria Administração.

A prescrição administrativa opera efeitos internos apenas. Não inibe a apreciação judicial, seja para efeitos civis ou criminais. A lei deve fixar o trato prescricional, porque a regra é a prescritibilidade (STF, *RDA*, 135/78). Hely Lopes Meirelles pontifica: "Entendemos que, quando a lei não fixa o prazo da prescrição administrativa, esta deve ocorrer em cinco anos, à semelhança da prescrição das ações pessoais contra a Fazenda Pública (Dec. 20.910/32), das punições dos profissionais liberais (Lei 6.838/80) e para a cobrança do crédito tributário (CTN, art. 174)" (*Direito administrativo brasileiro*, cit., p. 613). No mesmo sentido, o posicionamento de Diogenes Gasparini (*Direito administrativo*, cit., p. 734), que destaca não ser aplicável o prazo quinquenal para as sociedades de economia mista e empresas públicas exploradoras de atividade econômica, porque submissas ao prazo de vinte anos (*RT*, 699/199). Por expressa disposição constitucional (CF, art. 37, § 5º) não incide qualquer prazo prescricional para o ressarcimento em favor do patrimônio público.

8 COISA JULGADA ADMINISTRATIVA

Apenas o Poder Judiciário decide *definitivamente* as questões que lhe são postas a conhecer e julgar. A Administração Pública decide e no seu restrito âmbito a matéria pode não mais ensejar reexame. À inexistência de possibilidade de reforma dá-se o nome de coisa julgada administrativa. Há, propriamente, preclusão administrativa, ou irre-

tratabilidade da matéria, e não coisa julgada como se judicial fosse a decisão, mesmo porque a imposição da coisa julgada administrativa nos moldes das decisões judiciais obstaria o acesso ao Judiciário, o que é vedado pela Constituição (art. 5º, XXXV).

9 PRESCRIÇÃO DE AÇÕES MOVIDAS EM FACE DO PODER PÚBLICO

Como adverte Celso Antônio Bandeira de Mello (*Curso de direito administrativo*, cit., p. 884), as ações movidas contra o Poder Público deveriam prescrever em cinco anos (Decreto n. 20.910/32), mas, por construção jurisprudencial, existem diferenciados prazos prescricionais, conforme se refiram a ação pessoal ou real, seguindo o regramento do direito privado. À luz do Código Civil de 1916, as ações pessoais prescreviam, ordinariamente, em vinte anos, as reais em dez anos, entre presentes, e entre ausentes em quinze, desde a data em que poderiam ter sido propostas (art. 177), enquanto na disciplina do Código, que não distingue entre ações pessoais e reais, a prescrição ocorre em dez anos, salvo se a lei fixar prazo inferior (art. 205).

Assim, as ações contra o Poder Público observam a regra do direito privado, sem prejuízo da incidência de leis específicas. O prazo é, por exemplo, de cinco anos para a ação popular (Lei n. 4.717/65, art. 21) e de três anos para a ação de indenização contra pessoas jurídicas de direito público e de direito privado prestadoras de serviços públicos (CC, art. 206, § 3º — *v.* Capítulo VII).

10 CONTROLE LEGISLATIVO

O controle legislativo, ou parlamentar, é exercido pelo Poder Legislativo (Congresso Nacional, Senado Federal, Câmara dos Deputados, Assembleias Legislativas, Câmara Distrital e Câmara de Vereadores), tendo em mira a administração desempenhada pelos Poderes Executivo e Judiciário.

Por vezes, há atribuição de competência para o Congresso Nacional (por exemplo, CF, art. 49, XII), como há atribuição para a Câmara dos Deputados ou para o Senado (CF, art. 50, *caput*). De qual-

quer modo, o controle é genérico e abrangente, podendo estar relacionado tanto a atos da Administração Direta como também da Administração Indireta.

O exercício do controle constitui uma das funções típicas do Poder Legislativo, ao lado da função de legislar. Por conta dessa função, pode o Parlamento instaurar Comissões Parlamentares de Inquérito (CPIs); proceder a pedidos de informações; convocar autoridades para esclarecimentos; exercer a fiscalização financeira, contábil, operacional e orçamentária sobre atos e contratos dos demais Poderes, com apoio consultivo do Tribunal de Contas.

Vejamos, resumidamente, alguns aspectos de cada uma das funções fiscalizatórias e controladoras do Legislativo.

10.1. COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO (CPI)

As Comissões Parlamentares de Inquérito são constituídas pelo Senado ou pela Câmara, em conjunto ou separadamente, para investigar fato determinado e por prazo certo. Exige-se que o requerimento para a instalação contenha um terço de adesão dos membros que compõem as Casas Legislativas, sendo suas conclusões encaminhadas, quando for o caso, ao Ministério Público.

Têm-se, pois, os seguintes requisitos para a instalação de Comissão Parlamentar de Inquérito.

✓ *Quanto à competência para constituí-la*, pode ser:

a) do Congresso Nacional;

b) do Senado Federal;

c) da Câmara dos Deputados e, pelo princípio da simetria, das Assembleias Legislativas e da Câmara de Vereadores.

✓ *Quanto ao objeto:*

a) qualquer fato certo e determinado relacionado ao exercício da função administrativa.

✓ *Quanto à instalação e término:*

a) pode ser instalada se contiver um terço da adesão dos membros das Casas Legislativas, como já dissemos;

b) terá prazo certo e determinado para a conclusão, conquanto admita prorrogações.

✓ *Quanto à natureza de seus atos:*

a) tem amplo poder de investigação, similar à competência do Judiciário.

As Comissões detêm poderes de investigação, mas não competência para atos judiciais. Assim, investigam com amplitude, mas não julgam e submetem suas conclusões ao Ministério Público.

O Supremo Tribunal Federal vem exigindo, com acerto, que as decisões sejam motivadas, aplicando-se a regra disposta no inciso IX do art. 93 da Constituição Federal, encontrando limites nas provas cuja produção ou obtenção seja privativa do Judiciário (como a violação do sigilo das comunicações telefônicas, da segurança do domicílio). A propósito, conferir *Comissões parlamentares de inquérito*, de autoria do emérito professor Cássio Juvenal Faria (São Paulo: Ed. Paloma, 2000).

10.2. PEDIDO DE INFORMAÇÕES

O controle exercido por "pedido de informações" está previsto no art. 50, § 2º, da Constituição Federal, podendo ser dirigido a ministro de Estado ou a qualquer agente público subordinado à Presidência da República, a fim de aclarar matéria que lhe seja afeta. Tal pedido somente pode ser formulado pelas Mesas da Câmara e do Senado, devendo ser atendido no prazo de trinta dias, sujeitando o agente, no caso de descumprimento, a crime de responsabilidade. A norma é aplicável, por simetria, aos Estados e Municípios.

10.3. CONVOCAÇÃO DE AUTORIDADES

A Constituição Federal (art. 50) permite às Casas Legislativas e às suas Comissões a convocação de ministros de Estado para prestarem esclarecimentos sobre matéria previamente definida. Tais esclarecimentos, ou informações, deverão ser prestados pessoalmente e o descumprimento, repetimos, pode corresponder à prática de crime de responsabilidade.

Nos Estados e Municípios, a Constituição Estadual e as Leis Orgânicas também disciplinam, invariavelmente, a convocação de secretários municipais e dos dirigentes de autarquias, fundações, socie-

dades de economia mista, empresas públicas ou outras entidades. Não há previsão constitucional para a convocação do chefe do Executivo.

10.4. FISCALIZAÇÃO PELO TRIBUNAL DE CONTAS

Ao Poder Legislativo compete a fiscalização financeira, orçamentária, contábil, operacional e patrimonial dos demais Poderes, instituições e órgãos encarregados da administração de receitas e despesas públicas. Essa função conta com o auxílio do Tribunal de Contas. A Constituição regula, apenas, o controle exercido pelo Congresso Nacional com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ordenando a aplicação de idêntico tratamento aos Tribunais dos Estados e dos Municípios.

A função desempenhada pelo Tribunal de Contas é técnica, administrativa, e não jurisdicional. Apesar de auxiliar o Legislativo, detém autonomia e não integra a estrutura organizacional daquele Poder.

A fiscalização não se restringe ao "controle financeiro", mas inclui a fiscalização contábil, orçamentária, operacional e patrimonial da Administração Pública direta e indireta, bem como de qualquer pessoa física ou jurídica que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos (CF, art. 70, parágrafo único).

O controle pode tanger a: legalidade, legitimidade, economicidade e aplicação de subvenções e renúncia de receitas (CF, art. 70).

A Constituição Federal ampliou significativamente as atribuições das Cortes de Contas, dentre as quais se destacam: **a)** oferecer parecer prévio sobre contas prestadas anualmente pelo chefe do Poder Executivo; **b)** examinar, julgando, as contas dos agentes públicos e administradores de dinheiros, bens e valores públicos; **c)** aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, sanções previstas em lei; **d)** fiscalizar repasses de recursos efetuados pela União a Estados, Distrito Federal ou a Municípios, mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres; **e)** conceder prazo para a correção de irregularidade ou ilegalidade; **f)** realizar auditorias e inspeções de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial em qualquer unidade administrativa dos três Poderes, seja da Administração direta, seja da indireta.

A inteligência do art. 71 da Carta Magna leva a doutrina a resumir tais tarefas em: *fiscalização financeira*; *de consulta*; *de informação*; *de julgamento*; *sancionatórias*; *corretivas*; *de ouvidor* (cf. Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Direito administrativo brasileiro*, 11. ed., São Paulo: Atlas, 1999, p. 591).

Exceção feita ao exame prévio dos editais de licitação (Lei n. 8.666/93, art. 113), todas as demais tarefas são exercidas depois de praticado o ato, realizada a despesa, ou seja, *a posteriori*. As decisões dos Tribunais de Contas "de que resulte imputação de débito ou multa" têm eficácia de título executivo (CF, art. 71, § 3º). Apenas nos processos de competência do Tribunal de Contas dos quais possa decorrer o desfazimento de ato administrativo que beneficie terceiros é obrigatória a observância da ampla defesa e do contraditório, como impôs o Supremo Tribunal Federal, por intermédio da Súmula Vinculante n. 3: "Nos processos perante o Tribunal de Contas da União asseguram-se o contraditório e a ampla defesa quando da decisão puder resultar anulação ou revogação de ato administrativo que beneficie o interessado, excetuada a apreciação da legalidade de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão". Nos chamados processos de controle, de consulta, de informação, porque deles não decorrem restrições de direitos, não há a observância daquelas garantias típicas do devido processo legal.

Todas as decisões podem ser revistas pelo Judiciário (nenhuma lesão de direito pode ficar excluída da apreciação do Poder Judiciário — CF, art. 5º, XXXV).

Conquanto seja aplicável o princípio da simetria, e os Tribunais de Contas da União, dos Estados e dos Municípios possuírem a mesma natureza, guardando as mesmas características e funções, há sutil distinção: o parecer prévio sobre as contas do prefeito municipal não é meramente opinativo, visto que "só deixará de prevalecer por decisão de dois terços dos membros da Câmara Municipal" (CF, art. 31, § 2º).

O Tribunal de Contas da União é composto de nove ministros, podendo ser nomeado brasileiro que possua: **a)** mais de 35 anos e menos de 65 anos de idade; **b)** idoneidade moral e reputação ilibada; **c)** notórios conhecimentos jurídicos, contábeis, econômicos e financeiros ou de administração pública; **d)** mais de dez anos de exercício

de função ou de efetiva atividade profissional que exija esses conhecimentos (CF, art. 73, § 1º e incisos). A composição do Tribunal de Contas da União é a seguinte: **a)** um terço dos ministros será escolhido pelo Presidente da República, com aprovação do Senado, "sendo dois alternadamente dentre auditores e membros do Ministério Público junto ao Tribunal, indicados em lista tríplice pelo Tribunal, segundo os critérios de antiguidade e merecimento" (art. 73, § 2º, I); **b)** dois terços dos ministros escolhidos pelo Congresso Nacional.

É vedada a criação de novos Tribunais, Conselhos ou órgãos de Contas Municipais (CF, art. 31, § 4º). A Lei n. 8.443/92 é a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União.

11 CONTROLE JURISDICIONAL

O controle externo é exercido também pelo Poder Judiciário, podendo ser preventivo ou corretivo e decorrente de ações constitucionais: *habeas corpus*, *habeas data*, mandado de segurança, mandado de injunção, ação popular e ação civil pública. Antes do estudo sintético desses remédios constitucionais, é preciso fixar:

a) que a possibilidade do exercício desse controle decorre do "sistema da jurisdição una" (inafastabilidade do controle jurisdicional), segundo o qual somente o Poder Judiciário detém o monopólio da função jurisdicional (CF, art. 5º, XXXV);

b) que se trata de corolário do princípio da legalidade, que limita o exercício da função administrativa;

c) que ambos (princípio da legalidade e inafastabilidade do controle jurisdicional) constituem fundamentos do Estado de Direito.

O Brasil adota, pois, o *sistema de jurisdição una*, que se contrapõe ao sistema de jurisdição dupla (ou do contencioso administrativo, de jurisdição administrativa), adotado em França, Alemanha, Portugal e, parcialmente, Itália e Bélgica. No sistema de jurisdição una apenas o Judiciário conhece, processa e julga litígios em que a Administração é parte (como ocorre no Brasil); no sistema de jurisdição dupla (ou do contencioso administrativo) há Tribunais e juízes administrativos encarregados de grande parte dos litígios que envolvam a Administração Pública.

Não há limites para o controle exercido pelo Judiciário, podendo incidir sobre atos, contratos, manifestações unilaterais de vontade que representem lesão ou ameaça de lesão a direito individual, difuso ou coletivo (controle amplo). As consequências do controle também não são restritas, podendo:

a) ordenar a suspensão de efeitos de atos ou contratos;

b) impor a anulação;

c) impor obrigação de fazer ou de não fazer;

d) impor a obrigação de pagar, indenizar ou ressarcir.

O controle é amplo, mas não ilimitado. Deve tomar em conta o exame dos princípios e regras advindos do regime jurídico administrativo, não sendo admissível o exame de questões de mérito (oportunidade e conveniência). Essa limitação não exclui os atos discricionários do controle e mesmo os atos de governo, que também estão sujeitos aos requisitos ou condições de validade de todo e qualquer ato administrativo. Competência, forma, finalidade, motivo e objeto, estes são os requisitos de validade dos atos administrativos e sobre todos pode recair o controle jurisdicional.

A Constituição Federal admite o prévio esgotamento das vias administrativas como condição para a invocação do controle jurisdicional apenas nas matérias relativas à disciplina e às competições desportivas (CF, art. 217, § 1º).

12 NATUREZA DO CONTROLE

O controle jurisdicional incidente sobre a atividade administrativa é *controle de legalidade*. O Judiciário, como visto anteriormente, pode ordenar a invalidação (anulação) do ato, contrato ou decisão administrativa, apreciando o respeito ou não aos requisitos ou condições de validade da função exercida.

Dizer que o controle é de legalidade não significa, porém, que atos discricionários não possam ser apreciados pelo Judiciário, porquanto também estes devem obediência aos mesmos requisitos de validade. Em regra, qualquer ato capaz de causar lesão a direito ou interesse jurídico individual ou coletivo poderá ser objeto de controle exercitável pelo Judiciário.

O controle jurisdicional, porém, pode-se dar pelo critério da *constitucionalidade*, no confronto do ato normativo típico (lei) ou de outros atos normativos (regulamentos, por exemplo) com a Constituição.

12.1. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Interessa ao direito administrativo o debate em torno dos instrumentos de controle porque, consoante expressa a Constituição Federal, este pode incidir não apenas sobre lei cuja produção ou conteúdo violem a Constituição, mas também sobre *atos normativos*, assim considerados os atos administrativos de caráter normativo, dotados de generalidade e abstração, como as resoluções dos tribunais e da Administração, as deliberações administrativas etc.

Os atos normativos de efeitos concretos não são passíveis de controle de constitucionalidade, porque despidos da necessária abstração e generalidade e porque a ação direta de inconstitucionalidade não substitui a ação popular ou outro instrumento de controle (nesse sentido, STF, ADin 767). Do mesmo modo, se já revogado o ato ou exaurida a sua eficácia, não se admite a ADIn.

A arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), prevista no art. 102, § 1º, da Constituição, também pode ser empregada sempre que se tenha por objetivo reparar ou evitar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público. Dado ato (comissivo ou omissivo) do Poder Público pode corresponder à negativa de preceito fundamental, compreendidos como os princípios ou vetores fundamentais do sistema constitucional. A decisão do STF que julgar procedente a ADPF ordenará o seu imediato cumprimento, corrigindo a atuação do Poder Público. O tema tem relevância no campo do controle das políticas públicas, das quais pode decorrer, por ação ou omissão, a indevida negativa, por exemplo, de direitos sociais indisponíveis. Tome-se, como exemplo, a má gestão de recursos de aplicação obrigatória na saúde pública ou educação e o consequente descumprimento de preceito fundamental. O mínimo exigido ou o mínimo existencial podem ser reclamados ao Judiciário e para compelir dada ação do Poder Público.

Por fim, já que o tema é próprio do direito constitucional, cabe anotar que não é admissível o controle *concentrado* de constitucionalidade de ato normativo municipal em face da Constituição (decreto

autônomo do Município que violar norma da Constituição Federal), admitindo-se, porém, o controle difuso (incidental). Se a norma prevista na Constituição Federal estiver também contemplada na Constituição Estadual, admitir-se-á o controle concentrado, porém de competência local (TJ). A matéria pode ser apreciada pelo STF, mas em sede de recurso extraordinário. No entanto, é admissível a ADPF perante o STF mesmo em face de ato do Poder Público Municipal. Atos administrativos normativos estaduais ou municipais que afrontem a Constituição Estadual admitem o controle concentrado, mas será de competência do Tribunal de Justiça do respectivo Estado. Atos normativos do Distrito Federal que violem a Constituição Federal admitem o controle perante o STF, mas desde que o ato detenha caráter estadual; sendo de natureza municipal, somente serão admissíveis o controle difuso ou a ADPF e, nesse caso, perante o STF.

Se o ato normativo violar a lei orgânica, o controle será de legalidade, ainda que reflexamente viole a Constituição Federal e a Estadual.

12.2. ATOS POLÍTICOS OU DE GOVERNO

Atos políticos podem ser tidos como os decorrentes de competência deferida pela Constituição Federal para serem editados com independência funcional. São típicos dos órgãos primários do Estado (órgãos independentes) e fixam a política pública, as diretrizes do Estado. Em regra, são discricionários, devendo o agente político examinar a conveniência e oportunidade para a sua prática. Os motivos e o objeto do ato são apreciados livremente pelo administrador, que se sujeita a regras próprias de responsabilização. A iniciativa de lei, a convocação do Legislativo, a sanção, o veto, a edição de decretos podem ser tidos como atos políticos.

Também se submetem a controle jurisdicional ainda que o Judiciário não possa examinar a conveniência do ato praticado. A valoração dos motivos é defesa ao Judiciário, mas a observância dos demais requisitos de validade constitui dever a ser observado também pelo agente político.

12.3. ATOS "INTERNA CORPORIS"

São atos administrativos que produzem efeitos internos, que disciplinam matérias próprias e exclusivas da Administração e seus agen-

tes, como os regimentos internos do Legislativo e do Judiciário. O Judiciário não pode ou não deve examinar a conveniência e oportunidade de ato que produza efeitos meramente internos para a Administração e, por isso, o controle é restrito ao aspecto da legalidade. Atos de efeitos meramente internos, em princípio, devem ser objeto de apreciação pelo próprio Poder que os praticou, sob pena de violação do princípio da separação de Poderes. No entanto, e tal como já se disse, se do ato decorrer prejuízo a terceiros ou a violação de direitos ou interesses jurídicos, temos ser admissível o controle jurisdicional. Como anota José dos Santos Carvalho Filho (*Manual de direito administrativo*, cit., p. 904), o STF já decidiu pela insindicabilidade, pelo Judiciário, de atos praticados no exercício da função legislativa, objetando que mesmo a interpretação de normas regimentais deve ser exercitada pelo próprio Legislativo (MS 22.503).

12.4. ATOS LEGISLATIVOS

Os atos legislativos típicos, assim compreendidos os que criam o sistema normativo de modo primário (leis em tese), admitem o controle jurisdicional realizado sob o prisma da *constitucionalidade* e que pode ser feito de forma *difusa* ou *concentrada*. A inconstitucionalidade pode ser formal (procedimental, extrínseca) ou material (conteúdo), a depender da ofensa imposta ao sistema constitucional. Tem como pressuposto a supremacia da Constituição e a necessária compatibilidade vertical do sistema normativo (a norma inferior deve obediência à norma superior). A ofensa direta à Constituição permite o controle de constitucionalidade; a ofensa reflexa autoriza tão somente o controle de legalidade. As emendas constitucionais, os atos normativos do art. 59 da Constituição Federal, os decretos autônomos ou independentes, como, também agora, as súmulas vinculantes admitem o controle de constitucionalidade. Em regra, os atos administrativos são secundários e, por isso, não admitem o controle de constitucionalidade, mas de mera legalidade.

12.5. PRIVILÉGIOS PROCESSUAIS

O sistema constitucional de controle jurisdicional da Administração Pública prevê a possibilidade de ajuizamento de ações especí-

ficas, conquanto não iniba o ajuizamento de qualquer outro tipo de ação que se mostre adequado (ações de conhecimento e cautelares). Assim, nada obsta o ajuizamento de ações possessórias, reivindicatórias etc.

Goza, porém, a Administração Pública de privilégios não deferidos aos particulares. Na relação jurídica processual, a Fazenda Pública desfruta, dentre outros, dos seguintes privilégios: juízo privativo; prazos processuais diferenciados (em dobro para recorrer e ajuizar ação rescisória, em quádruplo para contestar — CPC, art. 188); duplo grau de jurisdição obrigatória para as decisões que lhe sejam desfavoráveis; processo de execução especial; restrições à concessão de liminares e à tutela antecipada (justificação prévia) etc.

13 FAZENDA PÚBLICA EM JUÍZO

É usual o emprego da expressão "Fazenda Pública" para designar órgãos incumbidos da gestão financeira do Estado ou para designar a atuação das entidades da Administração em juízo. Fala-se em "Fazenda Pública" como sinônimo de Estado, Município ou União em juízo, como autoras, rés, opoentes ou intervenientes em processos judiciais. Também o legislador emprega a expressão nesse sentido, querendo designar a atuação em juízo das pessoas jurídicas de direito público (as pessoas políticas, suas autarquias, agências, fundações de direito público).

A Fazenda Pública atua por meio de seus procuradores, que realizam a sua representação judicial. A União é representada judicialmente pela Advocacia-Geral da União (que também realiza as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Executivo — LC n. 73, de 1993). Integram a AGU: *o Advogado-Geral da União; o Procurador-Geral da União; o Procurador-Geral da Fazenda Nacional; os Procuradores Regionais, os Procuradores-Chefes; os Procuradores Seccionais; os Advogados da União, os Procuradores da Fazenda Nacional; os Assistentes Jurídicos*, além de outros membros.

O Advogado-Geral da União representa a União perante o STF, podendo intervir junto a qualquer Juízo ou Tribunal. Ele detém poderes para desistir, transigir, firmar compromissos nas ações de interesse da União (Lei n. 9.469/97), podendo delegar suas atribuições ao Procurador-Geral da União.

O Procurador-Geral da União representa a União perante os Tribunais Superiores, podendo também atuar perante outros Tribunais ou perante a Justiça Federal em primeira instância. Também as Procuradorias-Regionais atuam perante a Justiça Federal e os Tribunais (que não os Superiores). Já a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional deve atuar nas execuções de dívidas ativas de caráter tributário da União e nas demais ações de natureza fiscal (como as ações relativas a tributos de competência da União, empréstimos compulsórios, apreensão de mercadorias, benefícios e execuções fiscais etc.).

Em consequência, a União deve ser citada na pessoa do Advogado-Geral da União, nas causas de competência do STF; na pessoa do Procurador-Geral da União, nas causas de competência dos demais Tribunais Superiores; na pessoa do Procurador-Regional da União (organizadas em cada Estado e no DF), nas hipóteses de competência dos demais Tribunais, e na pessoa do Procurador-Chefe ou do Procurador-Seccional da União, nas causas em primeira instância.

Nas ações fiscais ou de natureza tributária, a citação será efetuada na pessoa do Procurador-Regional da Fazenda Nacional, salvo se a competência originária for dos Tribunais Superiores. Em primeiro grau, a citação será efetuada na pessoa do Procurador-Chefe ou do Procurador-Seccional da Fazenda Nacional.

Os Estados-Membros também são representados em juízo por seus procuradores (integrantes de carreira própria e da Administração direta). A citação deve ser realizada na pessoa do Procurador-Geral do Estado, salvo no caso de a lei contemplar hipóteses de delegação de atribuições. Em regra, o órgão estatal (Procuradoria-Geral do Estado) é organizado por especialidades ou matérias (Procuradoria Fiscal, Contencioso, Consultoria etc.), cabendo a cada qual intervir nas causas dessa natureza e de interesse do Estado-Membro. O Distrito Federal é representado em Juízo por sua Procuradoria-Geral (Lei Complementar Distrital n. 395/2001).

Os Municípios *devem* ser representados por seus procuradores, conquanto o Código de Processo Civil admita a citação realizada também na pessoa do Prefeito (art. 12, II). Em regra, todos os Municípios devem instituir carreiras próprias para a Procuradoria Municipal, cujo acesso obrigatoriamente deve observar a regra do concurso

público. Não raro, porém, Municípios de pequeno porte não possuem procuradores concursados exigindo a contratação de advogados para o exercício da representação em juízo. Ainda que o Código de Processo Civil admita a representação em juízo pelo Prefeito, temos que apenas advogados (procuradores) podem validamente representar o Município em juízo. É que o exercício da advocacia é vedado aos que exercem a Chefia do Poder Executivo (Estatuto da OAB, art. 28, I).

As entidades da Administração Pública indireta devem ser representadas em juízo por meios próprios (procuradoria autárquica, fundacional etc.). A lei de instituição dessas entidades é que deve definir o exercício da representação em juízo. Na Administração Pública Federal, porém, admite-se a assunção da representação de autarquias e fundações por órgãos da AGU (*v.* Lei n. 9.028/95 e MP n. 2.180/2001).

14 SÚMULAS VINCULANTES

Pode o Supremo Tribunal Federal editar, desde que aprovada por dois terços dos seus membros e após reiteradas decisões sobre a matéria constitucional, súmula com efeitos vinculantes, como dita o art. 103-A da Constituição Federal. Dentre os destinatários dos efeitos vinculantes que a súmula produz está a Administração direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, daí a associação do tema ao controle jurisdicional. Em verdade, as súmulas somente não são dirigidas ao Legislativo, aplicando-se no âmbito do Judiciário e do Poder Executivo.

Trata-se de mecanismo ou instrumento de atuação exclusiva do Supremo Tribunal Federal, que pode ser objeto de deliberação tomada de ofício ou mediante provocação. A Lei n. 11.417/2006, que regulamentou o dispositivo constitucional, confere legitimação autônoma para todos os que podem ingressar com a Ação Direta de Inconstitucionalidade e com a Ação Declaratória de Constitucionalidade, além do Defensor Público-Geral da União e os Tribunais Superiores, os Tribunais Estaduais, do Distrito Federal e Territórios, os Tribunais Regionais Federais, os Tribunais Regionais do Trabalho, os Tribunais Regionais Eleitorais e os Tribunais Militares. Podem provocar o STF para a edição de súmula vinculante também os Municípios, porém apenas de forma incidental, em feitos em que sejam parte. Os que

detêm legitimidade ativa para provocar a edição da súmula também podem requerer o seu cancelamento ou revisão.

A matéria que pode ser regulada por súmula vinculante é exclusivamente de natureza constitucional e desde que já decidida anteriormente (*após reiteradas decisões*). O objetivo da súmula pode ser a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, das quais decorram controvérsias que mereçam ser solucionadas pelo STF. As controvérsias devem ser contemporâneas entre os órgãos judiciários, envolvendo ou não a administração. Com isso, é necessária a existência de decisões díspares, controvérsias ou dissídio jurisprudencial de modo a acarretar grave insegurança jurídica ou a multiplicação de processos sobre a mesma questão. A súmula vinculante tem eficácia imediata, salvo se o STF modular os seus efeitos, determinando que adquira eficácia em momento distinto. O que pode inspirar a modulação dos efeitos podem ser razões de segurança jurídica ou excepcional interesse público. A hipótese é semelhante ao regramento imposto para as Ações Diretas de Inconstitucionalidade (Lei n. 9.868/99).

Caberá *reclamação* ao STF sempre que editado ato administrativo que contrarie o enunciado de súmula vinculante. A contrariedade tanto pode ser decorrente da não aplicação da súmula (negar a vigência) como também da aplicação indevida. Nessa hipótese, poderá o interessado deduzir a reclamação perante o STF, porém *sem prejuízo de outros meios de impugnação*. O STF poderá ordenar a invalidação (anulação) do ato, determinando que outro seja produzido, conforme o caso, de acordo com a súmula.

Interessa notar que, em se tratando de *omissão administrativa*, o acesso ao STF por meio da reclamação somente será possível depois de havido o esgotamento das vias administrativas e, nessa hipótese, o Supremo ordenará que a omissão seja suprida (a decisão terá a natureza mandamental).

O administrador que se recusar ao cumprimento do enunciado da súmula vinculante, mesmo depois de acolhida a reclamação pelo STF, ficará sujeito à responsabilização pessoal nas esferas cível, administrativa e penal (art. 64-B da Lei n. 9.784/99).

Dentre as súmulas vinculantes já editadas, destacamos algumas de aplicação direta no campo de atuação da Administração Pública:

Súmula Vinculante n. 1:

Ofende a garantia constitucional do ato jurídico perfeito a decisão que, sem ponderar as circunstâncias do caso concreto, desconsidera a validez e a eficácia de acordo constante de termo de adesão instituído pela Lei Complementar 110/2001.

Súmula Vinculante n. 2:

É inconstitucional a lei ou ato normativo estadual ou distrital que disponha sobre sistemas de consórcios e sorteios, inclusive bingos e loterias.

Súmula Vinculante n. 3:

Nos processos perante o Tribunal de Contas da União asseguram-se o contraditório e a ampla defesa quando da decisão puder resultar anulação ou revogação de ato administrativo que beneficie o interessado, excetuada a apreciação da legalidade de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão.

Súmula Vinculante n. 4:

Salvo nos casos previstos na Constituição, o salário mínimo não pode ser usado como indexador de base de cálculo de vantagem de servidor público ou empregado, nem ser substituído por decisão judicial.

Súmula Vinculante n. 5:

A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição.

Súmula Vinculante n. 6:

Não viola a Constituição o estabelecimento de remuneração inferior ao salário mínimo para as praças prestadoras de serviço militar inicial.

Súmula Vinculante n. 10:

Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta sua incidência, no todo ou em parte.

Vejamos, ainda que brevemente, os principais instrumentos de controle jurisdicional incidentes sobre a atividade administrativa.

15 MANDADO DE SEGURANÇA

O mandado de segurança pode ser individual ou coletivo (CF, art. 5º, LXIX e LXX) e visa à proteção de direitos individuais ou coletivos, líquidos e certos, não amparados por *habeas corpus* ou *habeas data*, violados ou ameaçados de lesão, seja por ilegalidade ou por abuso do poder de agente público (ato de autoridade). Os pressupostos do mandado de segurança são:

a) ato de autoridade — proveniente de agente público, de particular que atue em regime de delegação do Poder Público ou por autorização deste;
b) ilegalidade do ato ou abuso do poder;
c) lesão ou ameaça de lesão;
d) direito individual ou coletivo líquido e certo não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*.

Esse remédio está regulado pela Lei n. 12.016, de 7-8-2009, que revogou o regime jurídico anterior previsto na Lei n. 1.533/51.

O prazo para a impetração do mandado de segurança segue sendo de cento e vinte dias, contados da ciência, pelo interessado, do ato impugnado (art. 23 da Lei n. 12.016/2009). A fixação de prazo (decadencial) para a impetração do mandado de segurança é constitucional (STF, Súmula 632).

15.1. NATUREZA

O mandado de segurança é ação constitucional, de natureza civil, de rito especial. Nada obsta, porém, que tenha por objeto o afastamento de ato de natureza criminal (editado por juiz ou delegado de polícia, por exemplo). "(...) A relação jurídica debatida não é de matéria penal. Não incidem as normas do Código de Processo Penal" (STJ, *RSTJ*, 79/329). Há decisão que aponta a natureza mandamental da ação (*RT*, 389/362).

15.2. OBJETO

O objeto do mandado de segurança é o confronto entre o direito individual ou coletivo, líquido e certo, e o ato de autoridade. A

expressão "direito", consagrada pela Constituição no seu art. 5º, LXIX, não corresponde a direito subjetivo apenas, mas abrange qualquer situação jurídica de que é beneficiário alguém atingido pelo ato. O mero interesse, contudo, não é protegido pelo mandado de segurança: "Descabe o mandado de segurança quando o impetrante não tem em vista a defesa de direito subjetivo, mas a de mero interesse reflexo de normas objetivas" (STF, RE 103.299-5/RJ, 2ª T., rel. Min. Francisco Rezek, *DJ*, 28-11-1986, *RTJ*, 137/637).

15.3. DIREITO LÍQUIDO E CERTO

Exige-se que o direito lesionado ou ameaçado seja líquido e certo para ser possível a impetração do mandado de segurança. Direito líquido e certo é o comprovado, induvidoso, sobre o qual não paira dúvida. Há impropriedade na terminologia legal, porquanto todo direito é líquido e certo. Sua comprovação ou a instrução probatória que demanda para justificar ou indicar a sua existência é que pode não ser certa. "O direito líquido e certo, pressuposto constitucional da admissibilidade do mandado de segurança, é requisito processual, atinente à existência de prova inequívoca dos fatos em que se basear a pretensão do impetrante e não com a procedência desta, matéria de mérito" (STF, *RT*, 687/215). Direito líquido e certo é o que pode ser comprovado de plano, com a impetração. A existência de controvérsia sobre matéria de direito não impede a concessão de mandado de segurança (STF, Súmula 625).

15.4. IMPETRANTE — LEGITIMIDADE ATIVA

O impetrante do mandado de segurança será o titular do direito líquido e certo, podendo ser pessoa física (brasileira ou estrangeira) ou jurídica instituída sob o regime do direito público (autarquias, por exemplo) ou do direito privado (empresas privadas ou empresas públicas, sociedades de economia mista, notadamente as prestadoras de serviço público); universalidades reconhecidas por lei (espólio, massa falida) e mesmo órgãos públicos dotados de capacidade processual (Mesas do Congresso, Senado, Câmara Municipal, Ministério Público, por exemplo). Se o direito violado ou ameaçado couber a várias pes-

soas, qualquer delas poderá impetrar o mandado de segurança (art. 1º, § 3º, da Lei n. 23.016/2009).

15.5. IMPETRADO — LEGITIMIDADE PASSIVA

O impetrado, ou sujeito passivo, é a autoridade coatora que editou ou executou o ato administrativo, desde que detentora de competência revisora do ato. Nada obsta, porém, que a entidade a que esteja vinculado o agente público venha a integrar a lide como litisconsorte, uma vez que a ela se destinarão os ônus da segurança concedida. A autoridade será notificada para prestar informações no prazo de dez dias, não havendo, propriamente, defesa escrita (a autoridade subscreverá as informações, e não o seu procurador ou advogado).

Não são apenas atos praticados pela Administração direta ou indireta passíveis de mandado de segurança; também o são atos editados por particulares que atuem por delegação ou autorização do Poder Público (como, por exemplo, estabelecimentos particulares de ensino, sindicatos, agentes financeiros, serviços sociais autônomos, concessionárias de serviços públicos etc.). O fundamental, em tais hipóteses, é que o ato seja revestido de atributos próprios dos atos administrativos, e não se trate de meros atos de gestão.

A autoridade coatora é a responsável pela edição do ato ou por sua execução. A responsabilidade não recai, porém, no mero executor de medida ordenada por superior. A propósito, veja-se a Súmula 510 do Supremo Tribunal Federal: "Praticado o ato por autoridade, no exercício de competência delegada, contra ela cabe o mandado de segurança ou a medida judicial". "Mandado de Segurança — Ato administrativo — Autoridade coatora — Caracterização na pessoa daquele que executa ou ordena que se efetive o ato impugnado — Impossibilidade de impetração contra superior hierárquico que recomenda ou baixa normas para sua execução. Para fins de impetração de mandado de segurança, autoridade coatora é aquela que executa o ato impugnado ou ordena que se efetive, não o superior hierárquico que o recomenda ou baixa normas para sua execução" (TJSP, MS 10.253-0, TP, v. u., j. 22-11-1989, *RT*, 649/47). Admite-se o litisconsórcio passivo, e o dever de promover a citação de todos os litisconsortes é do impetrante (STF, Súmula 631).

15.6. ATOS LEGISLATIVOS E JUDICIAIS

Atos administrativos editados pelo Executivo, Legislativo e Judiciário comportam sempre o mandado de segurança. Somente contra atos regidos por normas de direito público e dotados dos atributos próprios dos atos administrativos cabe a impetração do mandado de segurança. Por isso, contra atos legislativos típicos ou jurisdicionais não se admite a impetração. Apenas excepcionalmente, porque inexistente outro meio adequado à inibição da violação do direito líquido e certo, é que se pode cogitar do mandado contra ato legislativo ou jurisdicional. Por exemplo, tratando-se de "leis de efeitos concretos", porque produzem resultados concretos e específicos (proibição do exercício de determinada atividade, desapropriação, nomeação de servidor etc.), admite-se a impetração (*v.* a seguir as hipóteses de não cabimento).

15.7. NÃO CABIMENTO

Não cabe o mandado de segurança:

a) contra atos de gestão praticados pelos administradores de empresas públicas, sociedades de economia mista e de concessionárias de serviços públicos (art. 1º, § 2º, da Lei n.12.016/2009);

b) contra ato do qual caiba recurso administrativo com efeito suspensivo, independentemente de caução (art. 5º, I, da Lei n. 12.016/2009);

c) de decisão judicial da qual caiba recurso com efeito suspensivo (art. 5º, II, da Lei n. 12.016/2009);

d) de decisão judicial transitada em julgado (art. 5º, III, da Lei n. 12.016/2009).

Em síntese, o mandado de segurança não tem cabimento em face de atos incapazes de produzir efeitos imediatos, como os que admitem recurso com efeito suspensivo, como também não se presta a substituir outro meio processual adequado ou à revisão de decisões judiciais já transitadas em julgado. Contra atos de gestão de entidades empresariais (como as empresas públicas e sociedades de economia mista) não cabe o mandado de segurança porque lhes falta os atributos próprios dos atos administrativos ou regidos por normas de direito público.

A lei não veda a impetração contra atos disciplinares, como ocorria no regime da Lei n. 1.533/51, mas é certo que a via do mandado não permite o reexame do mérito administrativo.

Nesse sentido a Súmula 429 (STF): "A existência de recurso administrativo com efeito suspensivo não impede o uso do mandado de segurança contra omissão da autoridade", ou, ainda: "Mandado de Segurança — Impetração contra ato de dirigente de empresa pública — Distinção entre atos editados 'jure imperii' e 'jure gestionis' — Cabimento da ação especial somente em vista dos primeiros. Extinção do processo — Recurso improvido" (TJSP, Ap. 253.951-2/8, 15ª Câm. Cív., v. u., j. 4-4-1995, publ. em 20-6-1995).

Contra lei em tese não cabe mandado de segurança (cf. STF, Súmula 266). Decisões judiciais, em princípio, devem ser alvo de recurso processual adequado, não sendo o mandado de segurança meio hábil à revisão. O Supremo Tribunal Federal editou duas súmulas a respeito: Súmula 267 — "Não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição"; Súmula 268 — "Não cabe mandado de segurança contra decisão transitada em julgado". Pode-se imaginar, porém, hipóteses que admitem a impetração do mandado de segurança mesmo em face de decisões judiciais, como, por exemplo, pelo terceiro prejudicado.

15.8. RITO E LIMINAR

A inicial deve ser apresentada em duas vias, observando os requisitos da lei processual e com a indicação da autoridade coatora e da pessoa jurídica a que esteja vinculada. O juiz poderá, a requerimento do impetrante e no caso de recusa da autoridade, ordenar a exibição de documento faltante, assinando o prazo de dez dias. O rito do mandado de segurança é sumaríssimo e a tramitação tem sempre prioridade (Lei n. 12.016/2009, art. 20); despachada a inicial, será notificada a autoridade para prestar informações (prazo: dez dias) e cientificada a pessoa jurídica a que esteja vinculada para que, querendo, possa intervir. A inicial será indeferida, por decisão motivada, "quando não for o caso de mandado de segurança ou lhe faltar algum dos requisitos legais ou quando decorrido o prazo para a impetração" (Lei n. 12.016/2009, art. 10). O Ministério Público deve oficiar, como fiscal

da lei ou *custos legis*, no prazo de dez dias (Lei n. 12.016/2009, art. 12). Pode o juiz ou Tribunal conceder, no despacho inicial, liminar, desde que presentes os requisitos legais (Lei n. 12.016/2009, art. 7º, III: "(...) quando houver fundamento relevante e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja finalmente deferida").

Há, contudo, hipóteses em que não se admite a concessão de liminares (Lei n. 12.016/2009, art. 7º, § 2º) ou antecipação de tutela:

a) para a compensação de créditos tributários;

b) para a entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior;

c) para a reclassificação de servidores públicos;

d) para a concessão de aumento ou a extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza.

A liminar pode ser revista a qualquer tempo, ainda que *ex officio*. Denegada a segurança, fica sem efeito a liminar concedida (STF, Súmula 405: "Denegado o mandado de segurança pela sentença, ou no julgamento do agravo dela interposto, fica sem efeito a liminar concedida, retroagindo os efeitos da decisão contrária"). Se o próprio impetrante criar obstáculos ao normal andamento do processo, a medida liminar será extinta, por caducidade ou perempção.

Admite-se a execução provisória da sentença concessiva do mandado de segurança, ainda que esteja condicionada ao duplo grau de jurisdição. Não há execução provisória apenas nas hipóteses em que seja vedada a concessão de liminar ou antecipação de tutela.

Se de decisão definitiva decorrer a obrigação para a Administração de efetuar o pagamento de vencimentos ou vantagens pecuniárias, somente serão satisfeitas as prestações que se vencerem a contar da data do ajuizamento do mandado (Lei n. 12.016/2009, art. 14, § 4º).

O Presidente do Tribunal ao qual couber o julgamento do recurso poderá, a requerimento da pessoa jurídica de direito público interessada ou do Ministério Público, ordenar a suspensão de execução da decisão (liminar ou da sentença), com o propósito de evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia popular (Lei n. 12.016/2009, art. 15). A possibilidade de suspensão dos efeitos da decisão liminar também pode ocorrer em sede de ação civil pública, como anotado adiante (Cap. VIII, item 9.1.).

15.9. MINISTÉRIO PÚBLICO

É obrigatória a intervenção do Ministério Público nos mandados de segurança. Pode, porém, ser o promotor de justiça impetrante do mandado de segurança, ainda que perante os Tribunais, contra ato ou omissão do juízo de primeira instância (Lei n. 8.625/93, art. 32). Não sendo impetrante, oficiará o promotor de justiça como fiscal da lei, oferecendo parecer e requerendo o que entender de direito. No mérito, postulará pela concessão ou denegação da segurança, conforme entenda comprovada ou não a violação a direito líquido e certo. Deverá examinar, antes do mérito, se estão presentes os pressupostos e as condições da ação e se a relação processual se instaurou validamente.

A intervenção do Ministério Público é obrigatória, sob pena de nulidade (*RT*, 558/207). É o Ministério Público parte legítima para recorrer, desfrutando de prazo em dobro (*RT*, 474/87 e 523/237).

A despeito da imposição legal da atuação ministerial, tem-se optado pela restrição da atuação apenas quando presente inegável interesse público ou interesses sociais ou individuais indisponíveis. A racionalização da atuação ministerial justifica a não intervenção em mandado de segurança que versar exclusivamente sobre direito disponível.

15.10. MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO

Trata-se de inovação trazida com a Constituição Federal de 1988 (art. 5º, LXX), permitindo que o mandado seja impetrado por pessoa jurídica para a tutela de direito coletivo ou individual homogêneo.

15.10.1. OBJETO

A defesa de direito líquido e certo que não seja meramente individual, mas coletivo, ou individual homogêneo, lesionado ou sob ameaça de lesão por ação ou omissão de agente público ou de particular que atue por delegação, concessão ou mera autorização do Poder Público. A Lei n. 12.016/2009 define, tal como o CDC, o que compreende ser direitos coletivos: "coletivos, assim entendidos, para efeito desta Lei, os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular grupo, classe ou categoria de pessoas ligadas entre si ou com a

parte contrária por uma relação jurídica básica" (art. 21, parágrafo único, I). Já os individuais homogêneos, para os efeitos da Lei, são os "decorrentes de origem comum e da atividade ou situação específica da totalidade ou de parte dos associados ou membros da impetrante" (art. 21, parágrafo único, II). A lei não prevê, mas nada impede, que também em defesa de direitos difusos seja impetrado o mandado de segurança coletivo, visto ser uma das espécies de direitos ou interesses coletivos em sentido amplo.

15.10.2. LEGITIMIDADE ATIVA — IMPETRANTE

Podem impetrar o mandado de segurança coletivo: **a)** partido político com representação no Congresso Nacional (ao menos um parlamentar); **b)** organização sindical, associação ou qualquer entidade de classe, desde que legalmente constituídas e em funcionamento há pelo menos um ano, e que defendam os interesses de seus membros ou associados. A lei não prevê, mas nada obsta, que o Ministério Público seja o impetrante do mandado de segurança coletivo.

Discute-se a possibilidade de o partido político impetrar mandado de segurança para a defesa de qualquer direito coletivo, ou se a legitimidade seria para apenas defender interesse de seus filiados. A segunda posição, conquanto criticável, tem sido acolhida pelo Superior Tribunal de Justiça: "... Falta ao partido político 'legitimatio ad causam' para impetrar mandado de segurança coletivo, se este não tem por objetivo direitos subjetivos ou interesses atinentes à finalidade partidária" (*RSTJ*, 32/159). A legitimação das entidades de classe não desaparece se apenas parte dos seus representantes puder ser beneficiada com o mandado de segurança (STF, Súmula 630), assim como a impetração não é condicionada à autorização de toda a classe (STF, Súmula 629).

A sentença fará coisa julgada, mas seus efeitos ficarão limitados aos membros do grupo ou categoria representados pelo impetrante (Lei n. 12.016/2009, art. 22). Não há litispendência entre o mandado de segurança coletivo e ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada somente beneficiarão os que tiverem "desistido" do mandado de segurança individual (Lei n. 12.016/2009, art. 22, § 1º). A solução dada pelo legislador não nos parece adequada; melhor seria a repetição da regra do CDC (art. 104) e que exige do autor da ação indivi-

dual a mera suspensão da ação que promove. Pela nova regra aplicável, o autor terá que "desistir" do mandado de segurança individual quando tomar conhecimento da impetração do mandado de segurança coletivo. Sendo acolhido este último, extinta a ação individual; sendo negado, retoma o andamento da ação em nome próprio.

Aplicam-se, no mais, as mesmas observações do mandado de segurança individual.

16 AÇÃO POPULAR

O segundo instituto de relevo é a ação popular, como meio eficaz de controle da Administração Pública. A ação popular é instrumento idôneo para a invalidação de atos e contratos administrativos ilegais e lesivos ao patrimônio público, à moralidade administrativa e ao meio ambiente (CF, art. 5º, LXXIII). A ação popular está regulamentada pela Lei n. 4.717/65, que foi recepcionada pela Carta Constitucional de 1988.

16.1. REQUISITOS

São três os requisitos para o ajuizamento da ação popular:

a) ser o autor cidadão, vale dizer, brasileiro, nato ou naturalizado, no gozo de seus direitos políticos;
b) ser o ato ou contrato impugnado ilegal, porque desatende aos requisitos ou condições de validade;
c) ser o ato lesivo, material ou presumidamente, ao patrimônio público, à moralidade ou ao meio ambiente.

16.2. FINALIDADE

A finalidade da ação popular é a invalidação do ato ou contrato ilegal e lesivo ao patrimônio público, à moralidade e ao meio ambiente. A finalidade pode ser preventiva ou repressiva, podendo ser ajuizada antes da produção dos efeitos lesivos, ou mesmo depois de consumados.

16.3. LEGITIMIDADE ATIVA — AUTOR

A legitimidade ativa (cidadão no gozo de direitos políticos) não exclui os maiores de dezesseis anos, os portugueses equiparados a bra-

sileiros, excluindo, porém, as pessoas jurídicas, os estrangeiros, o Ministério Público, e mesmo brasileiros que tiveram suspensos ou declarados perdidos seus direitos políticos (CF, art. 15).

16.4. LEGITIMIDADE PASSIVA — RÉU

A ação é proposta em face do agente público ou do terceiro responsáveis pelo ato, contrato ou equivalente ilegal e lesivo. A entidade lesada figurará na relação processual, sendo citada, mas podendo assumir qualquer dos polos (ativo ou passivo — Lei n. 4.717/65, art. 6º, § 3º). Os responsáveis pelo ato são litisconsortes necessários, e a citação se dará de ofício (CPC, art. 303), sob pena de extinção do processo (CPC, art. 47, parágrafo único — *RJTJSP*, 105/316).

16.5. MINISTÉRIO PÚBLICO

O Ministério Público é parte "pública autônoma" (Hely Lopes Meirelles, *Direito administrativo brasileiro*, cit., p. 101), cumprindo-lhe examinar se estão presentes os pressupostos e as condições da ação e se a relação processual se instaurou validamente. Poderá manifestar-se contrariamente ao postulado, mas apenas ao final da ação e jamais em seu curso, sendo-lhe vedada a assunção da defesa do ato (Lei n. 4.717/65, art. 6º, § 4º). Se o autor desistir da ação e o Ministério Público (leia-se o promotor de justiça com atribuições) entender conveniente, assumirá o polo ativo da demanda.

16.6. COMPETÊNCIA

O foro competente para processar e julgar a ação popular é determinado em razão da entidade lesada: se proveniente de agente público municipal e contra o patrimônio do Município, competente será a Justiça Comum Estadual, na Vara da Comarca onde se situar o Município, ainda que especializada (como ocorre nas capitais). Não há previsão constitucional para a competência originária dos Tribunais, ainda que no polo passivo figure o chefe do Executivo.

16.7. LIMINAR — RITO

O rito da ação popular é o ordinário, podendo o juiz suspender os efeitos do ato impugnado. Citada a entidade, como dito anterior-

mente, esta poderá contestar ou concordar com o pedido. O prazo para contestação é de vinte dias, prorrogável por idêntico período, desde que dificultosa a obtenção de provas. Não é admitida a reconvenção. A liminar, que pode ser revista a qualquer momento pelo magistrado, visa a suspensão dos efeitos danosos do ato combatido na ação intentada.

16.8. SENTENÇA

A sentença que julgar procedente a ação popular produzirá efeitos *erga omnes* e

a) imporá a invalidação do ato ou contrato ilegal e lesivo;

b) imporá a condenação dos agentes públicos, responsáveis e beneficiários do ato ou contrato em perdas e danos, honorários advocatícios, custas e despesas processuais.

A sentença que julgar improcedente a ação por falta de provas não inibirá o ajuizamento de outra com idêntico fundamento, desde que fulcrada em novas provas (Lei n. 4.717/65, art. 18).

A sentença que julgar improcedente a ação, examinando o seu mérito, produzirá os mesmos efeitos e obstará o ajuizamento de nova demanda.

16.9. EXECUÇÃO

Trânsita em julgado, a sentença constitui título executivo, podendo requerer a sua execução não apenas o autor, mas também: **a)** qualquer cidadão; **b)** a entidade lesada; **c)** o Ministério Público (que será obrigado a promovê-la caso os demais legitimados não o façam em sessenta dias, sob pena de falta grave).

Não dependerá, porém, do trânsito em julgado o eventual sequestro e "penhora" daquele que se viu condenado a devolver bens ou valores. O art. 14, § 4º, da Lei n. 4.717/65 expressamente possibilita a cautelar de sequestro desde a "prolação da sentença condenatória".

16.10. PRESCRIÇÃO

A ação popular pode ser ajuizada em até cinco anos (Lei n. 4.717/65, art. 21), operando-se a prescrição. A contagem do prazo é, em regra, iniciada na data da publicação do ato (*RJTJSP*, 120/365).

17 AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Trata-se do mais importante instrumento processual de tutela de interesses transindividuais (coletivos em sentido amplo), achando-se disciplinada pela Lei n. 7.347/85 e pelas regras processuais do Código de Defesa do Consumidor. Constitui também meio processual de controle da Administração Pública, porquanto objetiva impedir ou reprimir danos a qualquer interesse difuso, coletivo ou a interesses individuais homogêneos. Danos ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem urbanística, ao patrimônio público, ao patrimônio histórico, dentre tantos outros, podem ser tutelados por meio da ação civil pública (*v.*, a propósito, Lei n. 7.347/85, art. 1º).

A previsão constitucional está assentada no art. 129, III, da Constituição, que atribui ao Ministério Público a promoção do inquérito civil e da ação civil pública, sem prejuízo, para a propositura da ação, da legitimidade de terceiros (CF, art. 129, § 1º).

A análise aqui efetuada tem em mira tão só o controle a que está sujeita a Administração Pública e não o estudo de todas as implicações desse importante instituto. Sobre a matéria, recomenda-se a doutrina de Hugo Nigro Mazzilli, que é autor, dentre outras, das seguintes obras: *A defesa dos interesses difusos em juízo* (15. ed., 2002), *Manual do promotor de justiça* (2. ed., 1991) e *O inquérito civil* (2. ed., 2000), todas editadas pela Saraiva.

No entanto, porque o instituto detém grande relevo reservamos capítulo próprio para o seu estudo e para as anotações pertinentes ao inquérito civil.

18 MANDADO DE INJUNÇÃO

É ação constitucional que objetiva suprir norma regulamentadora cuja ausência inviabiliza o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania (CF, art. 5º, LXXI).

O objeto do mandado de injunção é garantir o exercício de qualquer direito e liberdade assegurados na Constituição, tendo por pressuposto a falta da norma regulamentadora indispensável para o

exercício. Por óbvio, somente aquele (pessoa física ou jurídica) que figurar como titular do direito ou da liberdade poderá valer-se desse remédio constitucional.

A competência para processar e julgar o mandado de injunção é estabelecida em razão da entidade estatal da qual se exige a regulamentação inexistente:

Ao Supremo Tribunal Federal, quando a elaboração da norma regulamentadora for de atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal (CF, art. 102, I, *q*).

Ao Superior Tribunal de Justiça, quando a elaboração da norma regulamentadora for de atribuição de órgão, entidade ou autoridade federal, da Administração direta ou indireta, excetuados os casos de competência do Supremo Tribunal Federal e dos órgãos da Justiça Militar, da Justiça Eleitoral, da Justiça do Trabalho e da Justiça Federal (CF, art. 105, I, *h*).

Ao Tribunal Superior Eleitoral, em grau de recurso, as decisões dos Tribunais Regionais Eleitorais que denegarem mandado de injunção (CF, art. 121, § 4º,V).

A Constituição do Estado de São Paulo comete ao Tribunal de Justiça a competência para processar e julgar os mandados de injunção ante a falta de norma regulamentadora que deveria ser editada pelo Estado ou por Municípios (CE, art. 74,V).

Questão seriamente controvertida está no objeto do mandado de injunção:

a) a decisão deve fixar prazo para a edição da norma regulamentadora;

b) a decisão deve apenas resolver o caso concreto, sem a edição da norma faltante;

c) a decisão deve apenas dar ciência ao detentor do poder regulamentar;

d) deve o Judiciário exercer o poder regulamentar suprindo a falta, ainda que não produzindo efeitos *erga omnes*.

O Supremo Tribunal Federal sempre adotou o entendimento segundo o qual deve a decisão apenas dar conhecimento formal da

ausência da norma regulamentadora. No entanto, não foi o posicionamento adotado no MI 689/PB, de que foi relator o Min. Eros Grau. Decidiu-se pela concessão de efetividade da norma do art. 37,VII, da CF e que assegura o direito de greve aos servidores públicos, impondo-se a aplicação da lei que rege o direito de greve na iniciativa privada (Lei n. 7.783/89), até que editada a lei regulamentadora da norma constitucional.

A crítica dirigida a tal entendimento reside na inocuidade da medida, sem resolver concretamente a questão posta, sem instar o Poder Público a regulamentar o exercício do direito ou liberdade e, sem qualquer sanção pela omissão, restará ao titular do direito tão somente a eventual apuração das perdas e danos havidas pela omissão do poder regulamentar.

A posição que melhor atenderia à finalidade da norma constitucional seria aquela que viesse a compelir o Poder Público a editar a norma regulamentadora, e na omissão a regulamentasse para o caso em concreto. Para o Prof. José Afonso da Silva o "mandado de injunção tem, portanto, por finalidade realizar concretamente em favor do impetrante o direito, liberdade ou prerrogativa, sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o seu exercício" (*Curso de direito constitucional positivo*, 17. ed., São Paulo: Malheiros, 2000, p. 450). Manoel Gonçalves Ferreira Filho, porém, perfilha entendimento contrário, ou seja, de que o alcance do mandado de injunção não pode superar o da ação de inconstitucionalidade por omissão, devendo a sua concessão levar "o Judiciário a dar ciência ao Poder competente da falta de norma sem a qual é inviável o exercício de direito fundamental. Não importa no estabelecimento pelo próprio órgão jurisdicional da norma regulamentadora necessária à viabilização do direito" (*Curso de direito constitucional*, 26. ed., São Paulo: Saraiva, 1999, p. 317). Maria Sylvia Zanella Di Pietro, em sentido próximo ao de José Afonso da Silva, defende que a ação constitucional "exige uma solução para o caso concreto, e não uma decisão com efeitos *erga omnes*. O Judiciário decidirá, dizendo o conteúdo da norma que se aplicará ao caso concreto e que fará coisa julgada, insuscetível de ser alterada por norma legal ou regulamentar posterior". E conclui: "Não há fundamento constitucional para concluir que o Judiciário apenas daria ciência ao Poder que se omitiu, ou que determinaria a edição da norma regulamentadora, pois, aí sim, haveria interferência indevida de um

Poder em outro em hipótese não expressamente prevista na Constituição, com ofensa ao princípio da separação de poderes" (*Direito administrativo brasileiro*, cit., p. 610).

19 "HABEAS CORPUS"

O *habeas corpus* é instrumento de controle da Administração Pública, porquanto visa pôr fim a abuso de poder ou ilegalidade que viole a liberdade de locomoção. A prisão ilegalmente decretada, a impossibilidade de reunião ou de associação, a condução coercitiva ordenada são exemplos de decisões oriundas de agentes públicos (políticos ou não) que podem ensejar a impetração do *habeas corpus*. Mais do que mera ação judicial, é esse remédio constitucional instrumento de defesa do cidadão em face do Estado.

"Conceder-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder" (CF, art. 5º, LXVIII).

É gratuito, podendo ser impetrado por qualquer pessoa (brasileiro ou não, residente ou não no País, em nome próprio ou de terceiro, cidadão ou não, maior ou incapaz etc.). Discute-se ser possível a impetração por pessoa jurídica, admitindo-se quando em favor de pessoa física. O promotor de justiça pode impetrar *habeas corpus* em favor de terceiro, ainda que perante o Tribunal de Justiça (Lei n. 8.625/93, art. 32).

São os seguintes os pressupostos para a impetração:

a) lesão ou ameaça de lesão à liberdade de locomoção;

b) que tal decorra de ilegalidade ou abuso de poder.

Diferentemente do mandado de segurança, possui caráter penal, sendo ação constitucional e não recurso. O remédio constitucional possui a natureza de cláusula pétrea (CF, art. 60, § 4º, IV) e jamais se admitirá sua supressão do ordenamento jurídico, ainda que declarado o estado de defesa ou de sítio (CF, arts. 136 e 139), hipóteses em que são impostas limitações à concessão da ordem de *habeas corpus*.

O *habeas corpus* poderá ser preventivo ou repressivo (liberatório), permitindo-se a concessão de liminar por construção jurisprudencial, desde que presentes os requisitos *periculum in mora* e *fumus boni iuris*.

Não se admite, porém, o *habeas corpus* em relação a punições disciplinares militares. O art. 142, § 2º, da Constituição expressamen-

te veda a utilização do remédio constitucional para o reexame de punições disciplinares militares, mas tal vedação restringe-se apenas ao *mérito do ato administrativo punitivo*, e não para analisar a presença de outros requisitos e condições do ato. O Superior Tribunal de Justiça já decidiu: "A Constituição estatui no art. 142, § 2º, que não caberá '*habeas corpus* em relação a punições disciplinares militares'. Decorre das características da disciplina das Forças Armadas e de outras instituições que lhes são reservas. Elabora-se, contudo, distinção. É inadequado para debater o mérito da sanção, idôneo, entretanto, para analisar o aspecto da legalidade e os pressupostos do próprio mérito" (*RSTJ*, 34/94 — rel. Min. Vicente Cernicchiaro).

O *habeas corpus* é dirigido contra a autoridade coatora, responsável pelo ato ilegal ou abusivo capaz de violar a liberdade de locomoção (juiz, delegado de polícia, promotor de justiça etc.), ou contra o particular, responsável pelo ato que traduz idênticos efeitos (internação em hospitais, asilos, escolas etc.).

20 "HABEAS DATA"

A Constituição Federal assegura: Conceder-se-á *habeas data*:

a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público;

b) para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo (art. 5º, LXXII).

Há, ainda, possibilidade de ajuizamento do *habeas data* para "anotação nos assentamentos do interessado, de contestação ou explicação sobre dado verdadeiro mas justificável e que esteja sob pendência judicial ou amigável" (Lei n. 9.507/97, art. 7º, III).

A finalidade do *habeas data* é dúplice: conhecer as informações e, querendo, retificá-las, ainda que apenas para fazer constar anotação de esclarecimento ou justificativa.

A competência para processar e julgar o *habeas data* também é determinada pela entidade governamental mantenedora do registro ou banco de dados:

Ao Supremo Tribunal Federal compete processar e julgar o *habeas data*:

a) contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do próprio Supremo Tribunal Federal (CF, art. 102, I, *d*);

b) em recurso ordinário, sendo decidido ele em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão (CF, art. 102, II, *a*).

Ao Superior Tribunal de Justiça, processar e julgar o *habeas data* contra ato de Ministro de Estado, dos Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica ou do próprio Tribunal (CF, art. 105, I, *b*).

Ao Tribunal Superior Eleitoral, em grau de recurso, as decisões dos Tribunais Regionais Eleitorais que denegarem *habeas data* (CF, art. 121, § 4º,V).

Aos Tribunais Regionais Federais, processar e julgar o *habeas data* contra atos do próprio Tribunal ou de juiz federal (CF, art. 108, I, *c*).

Aos juízes federais, processar e julgar o *habeas data* contra ato de autoridade federal, excetuados os casos de competência dos Tribunais federais (CF, art. 109,VIII).

A competência da Justiça Comum estadual fica restrita às demais hipóteses, quando em face de entidade governamental estadual ou municipal é deduzido o pedido (CE, art. 74).

A Lei n. 9.507/97 regulamenta o rito processual do *habeas data*, estabelecendo procedimento bastante próximo ao do mandado de segurança, com a aplicação de normas de processo civil (CPC, arts. 282 a 285-A), a prioridade de tramitação do *habeas data* em relação a todos os atos judiciais (exceto em relação ao mandado de segurança e *habeas corpus*) e a necessidade de instrução da inicial com prova da:

a) recusa ao acesso às informações ou do decurso de mais de dez dias, sem decisão;

b) recusa em fazer-se a retificação ou do decurso de mais de quinze dias, sem decisão;

c) recusa em fazer-se a anotação sobre a explicação ou contestação sobre determinado dado, mesmo que não seja inexato, justificando possível pendência sobre o mesmo, ou do decurso de mais de quinze dias, sem decisão.

O Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 2: "Não cabe *habeas data* se não houver recusa por parte da autoridade administrativa", significando a vedação o ingresso direto do remédio constitu-

cional. A súmula foi contemplada na lei regulamentadora e sugere flagrante inconstitucionalidade, posto estabelecer limitação inexistente na Carta Magna.

O *habeas data* será dirigido em face da entidade governamental (de qualquer dos Poderes) ou de caráter público que mantenha registro ou banco de dados sobre a pessoa. A norma constitucional abrange as entidades da Administração direta e indireta, e mesmo os órgãos públicos e outros entes despersonalizados.

A inicial será apresentada em duas vias, e, não sendo indeferida (hipótese em que se admite o recurso de apelação), será a autoridade notificada a prestar informações (prazo: dez dias), colhendo-se a manifestação do Ministério Público (prazo: cinco dias) e seguindo para sentença (prazo: cinco dias). O recurso de apelação contra decisão concessiva do *habeas data* produz efeito meramente devolutivo (Lei n. 9.507/97, art. 15, parágrafo único).

21 RECLAMAÇÃO

Reclamação é também instrumento de controle da Administração, ainda que excepcional, porque tende a tornar preservada a competência e a garantir a autoridade das decisões dos Tribunais. Está prevista nos arts. 102, I, *l*, e 105, I, *f*, da CF, que estabelecem o rol de competências originárias do STF e do STJ. Como visto precedentemente (súmulas vinculantes) caberá a reclamação perante o STF sempre que o ato ou omissão administrativa violar o enunciado de súmula vinculante podendo permitir a responsabilização pessoal do agente.

O STF admite que a Constituição Estadual estabeleça o cabimento da reclamação no âmbito da Justiça estadual, como poder implícito para assegurar a efetividade das decisões do Tribunal Estadual (ADIn 2.212). Diverge a doutrina quanto à natureza jurídica da reclamação, optando alguns por nominá-la de ação e outros, de medida processual, incidente processual ou instrumento de exação constitucional (Min. Marco Aurélio, Ementa Rcl. 336).

22 SÚMULAS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Súmula 101:

O mandado de segurança não substitui a ação popular.

Súmula 266:

Não cabe mandado de segurança contra lei em tese.

Súmula 267:

Não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso.

Súmula 268:

Não cabe mandado de segurança contra decisão judicial transitada em julgado.

Súmula 269:

O mandado de segurança não é substitutivo de ação de cobrança.

Súmula 347:

O Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público.

Súmula 392:

O prazo para recorrer de acórdão concessivo de segurança conta-se da publicação oficial de suas conclusões, e não da anterior ciência à autoridade para cumprimento da decisão.

Súmula 405:

Denegado o mandado de segurança pela sentença, ou no julgamento do agravo, dela interposto, fica sem efeito a liminar concedida, retroagindo os efeitos da decisão contrária.

Súmula 429:

A existência de recurso administrativo com efeito suspensivo não impede o uso do mandado de segurança contra omissão da autoridade.

Súmula 430:

Pedido de reconsideração na via administrativa não interrompe o prazo para o mandado de segurança.

Súmula 510:

Praticado o ato por autoridade, no exercício de competência delegada, contra ela cabe o mandado de segurança ou medida judicial.

Súmula 512:

Não cabe condenação em honorários de advogado na ação de mandado de segurança.

Súmula 597:

Não cabem embargos infringentes de acórdão que, em mandado de segurança, decidiu, por maioria de votos, a apelação.

Súmula 620:

A sentença proferida contra autarquias não está sujeita a reexame necessário, salvo quando sucumbente em execução de dívida ativa.

Súmula 622:

Não cabe agravo regimental contra decisão do relator que concede ou indefere liminar em mandado de segurança.

Súmula 624:

Não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer originariamente de mandado de segurança contra atos de outros tribunais.

Súmula 625:

Controvérsia sobre matéria de direito não impede concessão de mandado de segurança.

Súmula 626:

A suspensão da liminar em mandado de segurança, salvo determinação em contrário da decisão que a deferir, vigorará até o trânsito em julgado da decisão definitiva de concessão da segurança ou, havendo recurso, até a sua manutenção pelo Supremo Tribunal Federal, desde que o objeto da liminar deferida coincida, total ou parcialmente, com o da impetração.

Súmula 629:

A impetração de mandado de segurança coletivo por entidade de classe em favor dos associados independe da autorização destes.

Súmula 630:

A entidade de classe tem legitimação para o mandado de segurança ainda quando a pretensão veiculada interesse apenas a uma parte da respectiva categoria.

Súmula 631:

Extingue-se o processo de mandado de segurança se o impetrante não promove, no prazo assinado, a citação do litisconsorte passivo necessário.

Súmula 632:

É constitucional lei que fixa o prazo de decadência para a impetração de mandado de segurança.

Súmula 644:

Ao titular de cargo de Procurador de autarquia não se exige a apresentação de instrumento de mandato para representá-la em juízo.

Súmula 701:

No mandado de segurança impetrado pelo Ministério Público contra decisão proferida em processo penal, é obrigatória a citação do réu como litisconsorte passivo.

Súmula 734:

Não cabe reclamação quando já houver transitado em julgado o ato judicial que se alega tenha desrespeitado decisão do Supremo Tribunal Federal.

23 SÚMULAS DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Súmula 2:

Não cabe o *habeas data* se não houver recusa de informações por parte da autoridade administrativa.

Súmula 116:

A Fazenda Pública e o Ministério Público têm prazo em dobro para interpor agravo regimental no Superior Tribunal de Justiça.

Súmula 213:

O mandado de segurança constitui ação adequada para a declaração do direito à compensação tributária.

Súmula 218:

Compete à Justiça dos Estados processar e julgar ação de servidor estadual decorrente de direitos e vantagens estatutárias no exercício de cargo em comissão.

Súmula 232:

A Fazenda Pública, quando parte no processo, fica sujeita à exigência do depósito prévio dos honorários do perito.

Súmula 238:

A avaliação da indenização devida ao proprietário do solo, em razão de alvará de pesquisa mineral, é processada no Juízo Estadual da situação do imóvel.

Súmula 254:

A decisão do Juízo Federal que exclui da relação processual ente federal não pode ser reexaminada no Juízo Estadual.

Súmula 279:

É cabível execução por título extrajudicial contra a Fazenda Pública.

Súmula 325:

A remessa oficial devolve ao Tribunal o reexame de todas as parcelas da condenação suportadas pela Fazenda Pública, inclusive dos honorários de advogado.

Súmula 329:

O Ministério Público tem legitimidade para propor ação civil pública em defesa do patrimônio público.

Súmula 333:

Cabe mandado de segurança contra ato praticado em licitação promovida por sociedade de economia mista ou empresa pública.

Súmula 339:

É cabível ação monitória contra a Fazenda Pública.

Quadro sinótico – Controle da administração

Objetivo	Visa assegurar, de um lado, o direito dos administrados e, de outro, conformar o exercício da função às normas jurídicas a cuja observância ela está obrigada.	
Classificação	Interno ou externo. Administrativo, legislativo ou jurisdicional.	
	Quanto ao objeto	— de legalidade; — de mérito.
	Quanto ao momento	— prévio; — concomitante; — sucessivo.
	Quanto ao órgão executor	— administrativo; — legislativo; — jurisdicional.

Capítulo VIII
AÇÃO CIVIL PÚBLICA E INQUÉRITO CIVIL

1 INTRODUÇÃO

A tutela jurisdicional coletiva exercida por meio da ação civil pública permite aos que detêm legitimidade ativa a defesa de interesses ou direitos coletivos em sentido amplo (difusos, coletivos ou individuais homogêneos). A tutela coletiva se caracteriza pela possibilidade de o processo civil contemplar a defesa de interesses cujos titulares não sejam determinados, vinculados entre si ou com o objeto, a partir de relações fáticas ou jurídicas e que se mostre a todos igual ou indivisível. A ação coletiva, por fim, admite que a coisa julgada reúna eficácia *erga omnes* ou *ultra partes*, extrapolando os limites da relação processual, disciplinando situação jurídica que beneficie terceiros.

No campo restrito do controle da Administração, a ação civil pública tem enorme aplicação prática, porque pode abrigar pretensões dirigidas em face dos Poderes Públicos, da Administração Pública direta e das entidades da Administração Indireta. Diferentemente de outros instrumentos processuais, a ação civil pública não se dirige exclusivamente ao controle da Administração Pública, mas nada impede que seja também utilizada com tal propósito.

Identificada como instrumento de atuação do Ministério Público, pode ser ordenada à defesa do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos (CF, art. 129, III), ou para a defesa dos direitos assegurados na Constituição e violados pelos Poderes Públicos e pelos serviços de relevância pública (CF, art. 129, II), figurando ou não as entidades da Administração Pública ou as pessoas políticas no polo passivo.

Por ação coletiva pode-se compreender o gênero (todas as ações de natureza não penal cuja coisa julgada possa deter eficácia *erga omnes* ou *ultra partes*) e do gênero são espécies: a ação popular, o mandado de

segurança coletivo, a ação direta de constitucionalidade, a ação declaratória de constitucionalidade, a ação coletiva prevista no Código de Defesa do Consumidor (para a defesa de interesses ou direitos individuais homogêneos) ou a ação civil pública (regulada primariamente pela Lei n. 7.347/85 e pelas normas processuais do CDC).

2 A INADEQUAÇÃO DO PROCESSO CIVIL

Discute-se a edição de novo conjunto de regras processuais dispostas à regulação do processo coletivo — o Código de Processo Coletivo. No entanto, e até que sobrevenha a regulação normativa própria, aplicam-se as regras dispostas na Lei n. 7.347/85, na parte processual do Código de Defesa do Consumidor e previstas nas leis especiais que versam sobre a defesa de interesses coletivos em sentido amplo (ECA, Estatuto do Idoso etc.). A consolidação do processo coletivo e a consequente elaboração de normas processuais próprias surgem da constatação óbvia da inadequação do processo civil individual para a solução de conflitos de massa; insuficiência que decorre, por exemplo, da consagração da legitimação ordinária (como regra no processo civil), da necessidade de formação do litisconsórcio ativo (pluralidade de titulares de um mesmo direito) e a insuficência da tradicional coisa julgada operando efeitos e com eficácia *intra partes.* Os direitos ou interesses coletivos têm inúmeras características próprias, peculiares e reclamam a superação do modelo tradicional, admitindo-se, por exemplo, como regra a legitimação de terceiros (extraordinária ou não), a universalidade do Juízo, a prevalência da economia processual e a coisa julgada com eficácia além das partes processuais.

3 INTERESSES COLETIVOS EM SENTIDO AMPLO

Conquanto possam ser anotadas distinções entre as expressões direitos e interesses, acolhe o sistema positivo ambas expressões com a mesma significação. Interesses ou direitos coletivos, difusos ou individuais homogêneos, assim indica o art. 81, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor. São interesses ou direitos que superam a esfera meramente individual, mas não se constituem necessariamente interesses públicos. São interesses comuns a todos os membros da so-

ciedade, a todos os membros de uma coletividade ou a muitos que tenham experimentado uma lesão gerada a partir de um só fato.

Os direitos ou interesses difusos e coletivos (em sentido estrito) são transindividuais (superam a esfera individual) e indivisíveis (iguais para todos que os titularizam). Os difusos não têm titulares necessariamente determinados ou identificados e os coletivos correspondem a direitos titularizados por grupos certos de pessoas, categorias ou classes. Ao bem jurídico de natureza difusa os seus titulares se unem por circunstâncias de fato, ao de natureza coletiva a partir de uma relação jurídica base.

Assim prescreve o Código de Defesa do Consumidor:

" Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I — *interesses ou direitos difusos*, assim entendidos, para efeitos deste Código, os *transindividuais*, de *natureza indivisível*, de que sejam titulares *pessoas indeterminadas* e ligadas por *circunstâncias de fato*;

II — *interesses ou direitos coletivos*, assim entendidos, para efeitos deste Código, os *transindividuais* de *natureza indivisível* de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma *relação jurídica base*;

III — interesses ou direitos individuais homogêneos, *assim entendidos os decorrentes de origem comum*".

Disso decorre a já clássica indicação do professor e doutrinador Hugo Nigro Mazzilli, um dos precursores da doutrina brasileira do processo coletivo (*A defesa dos interesses difusos em juízo*, São Paulo: Saraiva, 1999):

DIFUSOS

Sujeitos/titulares ..... indeterminados

Objeto ..... indivisível

Vínculo ..... fático, circunstancial

A defesa do meio ambiente (capaz de ser violado por ação ou omissão estatal), por exemplo, pode ser, em princípio, identificada como a tutela de interesse difuso. É de todos o direito defendido e a

ele todos se ligam por mera circunstância fática, independentemente de qualquer vínculo jurídico, seja decorrente de ato ou contrato, e por isso haverá sempre mutabilidade dos sujeitos ou titulares do direito O controle da poluição visual, outro exemplo, também tem a natureza de direito difuso, porque capaz de beneficiar todos os munícipes, visitantes, turistas e mantêm nítida relação intergeracional (também as futuras gerações). Por ser essa a sua natureza, transcendental, o direito difuso guarda em si possível conflituosidade e mesmo a possibilidade de estimativa do número de pessoas atingidas ou beneficiadas. A mensuração dos titulares, porém, não retira do direito a natureza de difuso. Os difusos não podem ser objeto de apropriação individual, pois não integram o patrimônio de pessoas determinadas e também por isso não admitem a transmissão por ato de vontade ou *causa mortis*. Porque decorrem de interesses que se sobrepõem aos interesses meramente individuais, não admitem disponibilidade, renúncia ou oneração.

Pois bem. Se difuso é o interesse defendido, a eventual procedência da ação há de produzir efeitos de modo a beneficiar todos os seus titulares e a coisa julgada terá eficácia *erga omnes*.

O não oferecimento de vagas na rede oficial de ensino, os danos ambientais decorrentes de atividades públicas (construção de edifícios, usinas, aterros sanitários etc.) podem ser exemplos de ação civil pública movida em face de entidades da Administração ou dos Poderes Públicos. Por vezes, no entanto, admite-se, como visto, a ação popular com idênticos propósitos (anular o ato ou contrato administrativos nulos e lesivos ao patrimônio público e social, ao meio ambiente ou à moralidade administrativa).

COLETIVOS

Sujeitos/titulares ..... determinados ou determináveis

Objeto..... indivisível

Vínculo ..... jurídico

(relação jurídica entre si ou com a parte contrária)

Nos coletivos em sentido estrito, há pessoas determinadas (uma parcela destacada da sociedade), identificadas a partir de uma relação jurídica (contratantes, consorciados, membros de uma associação), formadoras de um um grupo, classe ou categoria de pessoas e que

tenham sofrido lesão a partir do mesmo fato, compartilhando o mesmo direito ou interesse.

O exemplo clássico, também sugerido por Hugo Nigro Mazzilli, é o da ilegalidade em cláusula contratual. A invalidação da cláusula de um contrato de adesão beneficiará a todos os que tenham celebrado o mesmo contrato e integram o grupo de pessoas. Vale ver que o grupo existe independentemente da lesão, é preexistente à lesão e não formado ou ordenado a partir do fato lesivo. O grupo titulariza um mesmo direito e, tal como nos difusos, não é admissível a renúncia, transação ou oneração, sendo inapropriáveis exclusivamente por um dos integrantes do grupo e insuscetíveis de transmissão a terceiros. A mutabilidade dos integrantes do grupo também pode ocorrer (tal como nos difusos), porém dependerá da relação jurídica-base (alguém que tenha rompido a relação contratual, por exemplo).

Pois bem, se é coletivo o direito defendido, a eventual procedência da ação civil há de beneficiar a todos os integrantes do grupo (e não todos os membros da sociedade, de forma inominada ou indeterminada) e a eficácia da coisa julgada deve ser *ultra partes*.

O aproveitamento ou não da sentença de procedência ou improcedência da ação civil pública, porém, sofre mutação conforme tenha ou não o interessado (particular) promovido ação individual com idêntica pretensão. Reclama o Código de Defesa do Consumidor que o autor de ação individual promova a suspensão da ação para que possa vir a ser beneficiado da sentença no processo coletivo.

INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS

Sujeitos/titulares ..... determináveis

Objeto ..... divisível

Vínculo ..... fático

..... (origem comum das lesões)

Os ditos interesses individuais homogêneos (como o nome indica) não são transindividuais ou coletivos em sentido amplo se não por opção do legislador. São transindindividuais por ficção; são individuais, porém iguais; iguais no fato determinante da lesão (origem comum das lesões). Todos os que tenham suportado, por exemplo, danos em razão de uma obra pública. Diferentemente do que ocorre em relação aos difusos e coletivos, os individuais integram o patrimô-

nio dos titulares do direito individual homogêneo, admitindo-se a transação ou renúncia, desde que não sejam personalíssimos. A modificação, substituição dos titulares, pode ocorrer dependendo exclusivamente da situação fática que dá ensejo à lesão, podendo ser transmitida aos herdeiros, sucessores ou terceiros.

Nessa hipótese, se procedente a ação coletiva, a sentença também deve deter eficácia *erga omnes* e ser disposta a beneficiar todos os que compartilham o mesmo direito ou interesse gerado a partir do mesmo fato. Nessa hipótese, é do fato lesivo que decorre a comunhão entre os titulares e o mérito do processo coletivo está na desnecessidade da formação do grande litisconsórcio ativo ou na multiplicidade de ações idênticas.

4 TUTELA JURISDICIONAL COLETIVA — PRINCÍPIOS

Do conjunto de normas processuais que atualmente ordenam o processo coletivo, em especial a ação civil pública e a ação coletiva prevista no Código de Defesa do Consumidor, podem ser extraídos princípios próprios, como os especificados a seguir.

4.1. DO ACESSO À JURISDIÇÃO COLETIVA (CF, ART. 5º, XXXV)

A Constituição consagra a inafastabilidade do controle jurisdicional, o direito de ação e não exclui da apreciação jurisdicional a lesão a qualquer espécie de direito ou interesse; não o limita à lesão ou ameaça de lesão a direitos individuais ou públicos, ao contrário, limita-se a estabelecer a possibilidade de acesso à defesa de qualquer direito, inclusive os transindividuais. Também decorre logicamente do sistema o amplo acesso à jurisdição coletiva, a necessidade de o Estado promover, na forma da lei, a defesa dos consumidores (CF, art. 5º, XXXII), a legitimação ativa para os sindicatos (CF, art. 8º, III) e mesmo para as comunidades indígenas (CF, art. 232).

4.2. DA NÃO TAXATIVIDADE

Decorre também do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal a impossibilidade de exclusão ou limitação do objeto possível de ser

tutelado em sede de ação civil pública. Não bastasse o disposto no art. 5º erigir à categoria de direito fundamental o acesso irrestrito à jurisdição para a defesa de qualquer direito individual ou transindividual, também o art. 129, III, da Constituição atribui ao Ministério Público a promoção da ação civil pública para a defesa de qualquer outro direito difuso ou coletivo, ao lado da defesa do meio ambiente, do consumidor, do patrimônio público e social. Dita a Constituição Federal, em seu art. 129, icumbir ao Ministério Público, dentre outras funções institucionais: *zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia* (inciso II) e *promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos* (inciso III). No entanto, convivemos com a impossibilidade de ajuizamento de ação civil pública se a questão posta for decorrente de matéria tributária, FGTS, contribuições previdenciárias ou outros fundos institucionais que possuam destinatários determinados. Prevê a Lei n. 7.347/85, art. 1º, parágrafo único, que *não será cabível ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço — FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados*.

A não taxatividade ou o rol exemplificativo de bens capazes de receber tutela por meio da ação coletiva tem direta relação com o princípio da efetividade do processo, do qual também decorre, como pensamos, a atribuição de eficácia *erga omnes* ou *ultra partes* para a coisa julgada, a gratuidade ou não antecipação de custas e despesas processuais, dentre outras regras que almejam garantir o acesso e a efetividade do processo.

4.3. PRINCÍPIO DA MÁXIMA PRIORIDADE

Os direitos difusos se confundem com direitos sociais e muitas vezes convergem para a defesa de pessoas presumivelmente vulneráveis ou hipossuficientes, como os consumidores, os idosos, as crianças e os adolescentes. No processo coletivo, há evidente defesa de interesse público (primário) e interesses privados (em regra, do que figura no polo passivo). Por isso, é de ser priorizada a tramitação do processo coletivo

(supremacia do primeiro), tal como estabelece, em relação aos menores de 18 anos de idade, a Constituição (prioridade absoluta) ou admitem as normas infraconstitucionais (Estatuto do Idoso, CPC etc.).

4.4. PRINCÍPIO DA NÃO EXCLUSIVIDADE DA LEGITIMIDADE ATIVA

A Constituição Federal, como visto, identifica a ação civil pública como "função institucional" do Ministério Público. No entanto, a própria Constituição estabelece a impossibilidade de atribuição da legitimação exclusivamente para o Ministério Público, daí ser sempre concorrente (CF, art. 129, § 1º: *A legitimação do Ministério Público para as ações civis previstas neste artigo não impede a de terceiros, nas mesmas hipóteses, segundo o disposto nesta Constituição e na lei*). Do sistema da Lei n. 7.347/85, como veremos, decorre a legitimação obrigatória para outras entidades públicas ou privadas, e jamais admitir-se-á a limitação a um único legitimado. O Ministério Público, no entanto, porque atua em defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (CF, art. 127), deve comparecer em todas as ações coletivas que detenham tais características, seja como autor ou como fiscal da lei. Nas ações em que o Ministério Público não figurar como autor, atuará como *custos legis*. Disso decorre outro princípio, o *da intervenção ministerial obrigatória*.

4.5. PRINCÍPIO DO MÁXIMO BENEFÍCIO DA TUTELA COLETIVA

Como visto, a sentença opera efeitos e a coisa julgada pode reunir eficácia *erga omnes* ou *ultra partes*, ou seja, beneficiará pessoas indeterminadas ou todas que estejam circunscritas em dado grupo, classe ou categoria de pessoas. Não produz efeitos apenas aos que tenham figurado na relação processual, e disso decorre o máximo benefício que se pode extrair da tutela coletiva. Mesmo nas ações individuais a sentença havida no processo coletivo poderá interferir, com o seu aproveitamento *in utilibus*.

4.6. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE

Na defesa dos interesses individuais indisponíveis, individuais homogêneos, coletivos ou difusos admite-se qualquer espécie de ação

de natureza civil, como ditam o art. 83 do Código de Defesa do Consumidor, o art. 212 do Estatuto da Criança e do Adolescente ou o art. 82 do Estatuto do Idoso. O provimento jurisdicional reclamado pode ser amplo (não apenas condenatório) e a limitação prevista no art. 3º da Lei n. 7.347/85 já não deve prevalecer. Por aquele dispositivo, a ação civil pública somente almejaria condenações em dinheiro ou a imposição de obrigação de fazer ou de não fazer. Em verdade, a superveniência do art. 83 do Código de Defesa do Consumidor e a interação desses diplomas legais tornam admissíveis os seguintes provimentos:

- Cautelares;
- Cautelares preparatórias;
- Principais:
  - Condenatórias (indenizatórias ou reparatórias),
  - Declaratórias,
  - Constitutivas,
  - De execução (termo de ajustamento, por exemplo),
  - Mandamentais,
  - Preceito cominatório,
  - Provimento injuntivo.

4.7. DA DISPONIBILIDADE MOTIVADA

Tal como previsto na Lei n. 7.347/85 e como nos parece decorrer logicamente do sistema, as ações civis públicas não admitem a mera desistência ou abandono pelo autor. Ao contrário, em se tratanto de abandono ou desistência infundada, incumbirá ao Ministério Público ou a outros que detenham dever de agir (as pessoas políticas, por exemplo) a assunção do polo ativo. O princípio, porém, não é absoluto e a desistência é admitida, mas com a ressalva da possibilidade de outro legitimado que detenha interesse processual retomar o andamento da ação intentada por aquele que deu causa ao abandono ou pretendeu a sua desistência (*vide* Lei n. 7.347/85, art. 5º, § 3º). A regra é próxima da estabelecida na Lei da Ação Popular (art. 9º).

Além dos princípios mencionados, há outras que decorrem do sistema normativo: como *a execução obrigatória pelo Ministério Público*; *a*

efetividade ou impulso oficial; *a publicidade das ações coletivas*; *a gratuidade ou não antecipação de despesas processuais*, dentre outros.

5 LEGITIMIDADE ATIVA

Podem ajuizar a ação civil pública, ou a cautelar:

a) o Ministério Público;

b) a Defensoria Pública;

c) as entidades estatais (União, Estados-Membros, Distrito Federal e Municípios);

d) as autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista;

e) órgãos públicos (desde que haja vinculação entre seus fins e o objeto defendido na ação);

f) as associações constituídas há pelo menos um ano e que incluam em suas finalidades a proteção do interesse defendido (meio ambiente, consumidor etc.);

g) os sindicatos e as comunidades indígenas (CF, arts. 8º, III, e 232, respectivamente).

A lei não menciona ou veda, mas admite o ajuizamento de ação civil pública por fundação regida pelo direito civil ou pelo direito público, desde que satisfaça os requisitos próprios das associações, o mesmo valendo para os sindicatos. As agências, espécies do gênero autarquia, também podem ajuizar ação civil pública (ou coletiva), mas desde que satisfeito o requisito da pertinência temática.

A norma de regência estabelece a obrigatoriedade de as associações demonstrarem a concorrência de dois requisitos para o ajuizamento da ação: **a)** prévia constituição; **b)** pertinência temática. A prévia constituição (constituição há, pelo menos, um ano) é dispensável pelo juiz da causa sempre que presente interesse social (Lei n. 7.347/95, art. 5º, § 4º), não sendo dispensável o requisito da pertinência temática (que a entidade tenha sido constituída para a defesa do interesse debatido na causa). Os dois requisitos, por simetria ou analogia, devem ser exigidos de outros legitimados que estão em situação jurídica similar (como os sindicatos, as fundações de direito privado), somente não sendo exigíveis do Ministério Público, da União, dos Estados-Membros, do Distrito Federal, dos Municípios. As entidades e os ór-

gãos da Administração Pública devem demonstrar a presença da pertinência temática, ou seja, que atuem na defesa de interesse ou direito comum às suas finalidades institucionais. A pertinência temática deve ser demonstrada também pelas entidades da Administração Indireta (princípio da especialidade), pelos órgãos públicos e pela Defensoria Pública (também órgão público, porém sujeita a regime específico). Para a Defensoria o que se reclama é a presença de *necessidade social*, que decorre de suas funções institucionais (*orientação jurídica e defesa dos necessitados*), como alude José dos Santos Carvalho Filho (*Manual de direito administrativo*, cit., p. 937).

5.1. MINISTÉRIO PÚBLICO

A legitimação do Ministério Público decorre de expressa determinação constitucional, não podendo a lei processual (infraconstitucional) suprimi-la ou limitá-la. Nada obsta que o Ministério Público da União ajuíze a ação perante a Justiça Comum, ou o Ministério Público do Estado ajuíze perante a Justiça Federal ou outro Estado. É que a defesa do interesse não pode encontrar limites territoriais (Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, *Código de Processo Civil comentado*, p. 1137). A legitimação para a ação civil pública é concorrente e disjuntiva.

A denominação do instrumento processual não é tranquila, podendo ser nominada a ação de civil pública, ou coletiva, como a ela se refere o Código de Defesa do Consumidor. Assim, pode-se nominar de ação civil pública a ação proposta pelo Ministério Público, e de ação coletiva a ação proposta pelos demais colegitimados.

A natureza da legitimação também contém divergências: para as ações coletivas trata-se de legitimação autônoma para a condução do processo, ordinária. Para as ações que objetivam a proteção de interesses individuais homogêneos, a legitimação do Ministério Público é extraordinária, havendo substituição processual. É o posicionamento de Nelson Nery Junior e Rosa Maria Andrade Nery (*Código de Processo Civil comentado*, cit., p. 1137). Para Hugo Nigro Mazzilli, a legitimação é extraordinária (*A defesa dos interesses difusos em juízo*, cit., p. 46).

6 A AÇÃO CIVIL PÚBLICA COMO MEIO CONTROLADOR

Qualquer que seja o objeto da ação civil pública, e desde que objetive reprimir ou impedir ato, contrato ou equivalente administrativo que lesione o meio ambiente, os direitos do consumidor, o patrimônio público e social, passa ela a ser instrumento de efetivação de controle da Administração Pública. Assim, se determinado Município implanta em local inadequado parcelamento do solo urbano, estará o Ministério Público e os demais legitimados aptos ao ajuizamento da ação civil pública, sem prejuízo, quando o caso, da impetração do mandado de segurança pelo particular ou pessoa jurídica titular de direito individual líquido e certo e de ação popular por qualquer cidadão. Pode haver litispendência entre a ação civil pública e a ação popular.

A defesa do patrimônio público, sem dúvida, constitui ponto marcante do controle a que está sujeita a Administração Pública, notadamente quando em face dos chamados atos de improbidade administrativa. Mas, ainda que não caracterizado o ato de improbidade administrativa, ou já decorrido o trato temporal que inibe a sua apuração, conserva o Ministério Público legitimidade para buscar o ressarcimento do dano ao Erário, cuja imprescritibilidade é constitucionalmente estabelecida (CF, art. 37, § 5º).

Por sua importância e peculiaridades, a Lei n. 8.429/92, que reprime a prática de atos de improbidade administrativa, é estudada em separado (*v*. Capítulo IX).

7 COMPETÊNCIA

A competência para a ação civil pública é determinada pelo local do dano (regra geral). Em se tratando de ação movida em face de entidades estatais, a competência será a de sua sede, normalmente a do Governo, local onde se aperfeiçoa o dano. Assim, ainda que realizada a contratação ilegal fora dos limites da capital, nela deverá ser ajuizada a ação civil, podendo ser da competência da Justiça Comum Estadual ou da Justiça Federal, conforme tenha a União, suas entidades autárquicas ou empresas públicas interesse na causa (CF, art. 109, I). Para a

definição do foro competente nas ações que tutelam interesses individuais homogêneos aplica-se o critério do art. 93 do Código de Defesa do Consumidor e que leva em conta a extensão do dano:

Dano	Competência
Local	local do dano
Regional	Capital do Estado-Membro ou Distrito Federal
Nacional	Capital do Estado-Membro ou Distrito Federal

Vale ver que a ação fundada em dano nacional não será de competência exclusiva do Distrito Federal ou da Justiça Federal, podendo ser processada ou não na Justiça Comum ou na Justiça distrital. A competência da Justiça Federal segue sendo determinada pelo interesse ou não da União na causa (CF, art. 109), não tendo aplicação a Súmula 183 do STJ já revogada. Tema que pode determinar a ação movida em face dos Poderes Públicos diz respeito às comunidades indígenas e também aqui a competência tanto poderá ser da Justiça Federal ou da Justiça Comum, conforme o interesse em jogo (se do grupo com aquela identidade — Justiça Federal).

8 LIMINARES E ANTECIPAÇÃO DE TUTELA

Admite-se a concessão de liminar e antecipação de tutela em sede de ação civil pública; nada obsta que o Juiz da causa, se presentes os requisitos processuais, defira a medida reclamada pelo autor. A liminar é providência acautelatória que visa à antecipação dos efeitos do provimento buscado; a antecipação é a antecipação do próprio provimento reclamado em Juízo. Assim, se promovida ação civil pública contra concurso público realizado sem observância das exigências legais, a medida que impuser à Administração a republicação do edital e redefinição das condições de participação será de antecipação da tutela, já a suspensão do concurso (data das provas, por exemplo) terá a natureza de mera liminar. O fundamento para a concessão está no art. 12 da Lei n. 7.347/85 e no art. 84, § 3º, do Código de Defesa do Consumidor.

Há restrições *formais e materiais* às concessões em face dos Poderes Públicos. Não se admite a concessão de liminares sempre que houver vedação legal para a sua concessão em mandado de segurança, ou seja, contra *ato de que caiba recurso administrativo com efeito suspensivo; para o pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias ou se a liminar esgotar no todo ou em parte o objeto da ação*. E mais, a concessão somente é possível, ao menos em princípio, se antes procedida a oitiva da Fazenda Pública, que deverá ter o prazo de 72 horas para a sua manifestação. A vedação à concessão *inaudita altera pars* não é absoluta e pode não ser respeitada quando em risco o próprio direito tutelado.

A propósito da concessão de medidas dessa natureza em face dos Poderes Públicos aplicam-se as restrições previstas nas Leis n. 8.437/92 e 9.494/97, e na MP n. 2.180/2001.

Pode o Juiz, quando a ação se destinar à imposição de obrigação de fazer ou de não fazer, compelir o réu ao cumprimento da medida, sob pena de multa diária. Multa com efeito cominatório. A multa, que também pode ser fixada na sentença, será revertida para o Fundo de Reparação de que trata o art. 13 da Lei n. 7.347/85 ou para o patrimônio público (nas ações movidas com fundamento na defesa do patrimônio público ou fundos específicos). Calculada desde o não cumprimento da obrigação, a multa liminar somente será executada depois do trânsito em julgado.

9 RECURSOS

O sistema recursal cabente nas ações coletivas é o mesmo do processo civil, e os recursos não produzem efeitos suspensivos, salvo se deferidos pelo Juiz da causa (Lei n. 7.347/85, art. 19) ou pelo Relator (CPC, arts. 527, III, e 558). Interessa notar que, em se tratando de ação civil por improbidade administrativa, as sanções de suspensão dos direitos políticos e perda da função pública somente serão executadas depois do trânsito em julgado (*v*. Capítulo IX, item 4).

Admite a Lei n. 7.347/85 (e Lei n. 8.437/92) que o presidente do Tribunal competente para o recurso possa determinar a suspensão dos efeitos da medida concedida, fazendo-o a requerimento do Ministério Público ou de pessoas jurídicas de direito público.

9.1. SUSPENSÃO IMPOSTA PELO PRESIDENTE DO TRIBUNAL

Não cabe aqui a crítica ao que foi instituído em claro benefício das pessoas jurídicas de direito público e sua patente incompatibilidade com o sistema constitucional. Violando o primado do Juiz natural, admite-se que, por decisão administrativa, o Presidente do Tribunal competente para o recurso ordene a suspensão dos efeitos da decisão concedida. Ele não é o Juiz da causa e não examina ou julgará o recurso interposto, mas pode ordenar a suspensão dos efeitos da decisão, eternizando os efeitos deletérios do litígio e em desprestígio à decisão monocrática, sobretudo.

Não se trata de medida somente possível em ação civil pública (Lei n. 7.347/85, art. 12, § 1º), mas também em sede de mandado de segurança (Lei n. 12.016/2009), nas ações populares, no *habeas data* (Lei n. 9.507/97) ou nas medidas cautelares e liminares concedidas contra a Fazenda Pública (Lei n. 8.437/92). Em face da concessão de tutela antecipada aplica-se a regra prevista na Lei n. 9.494/97.

A suspensão deve observar pressupostos e requisitos próprios, extraídos do texto legal. Vejamos o que prevê a Lei n. 7.347/85:

"Art. 12. (...)

§ 1º A requerimento de pessoa jurídica de direito público interessada, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública, poderá o Presidente do Tribunal a que competir o conhecimento do respectivo recurso suspender a execução da liminar, em decisão fundamentada, da qual caberá agravo para uma das turmas julgadoras, no prazo de 5 (cinco) dias a partir da publicação do ato".

No contexto do controle da Administração, o pedido de suspensão pode ser aplicado, por exemplo, para suspender o afastamento temporário de servidores públicos ou de detentores de mandato eletivo.

9.2. REQUISITOS E PRESSUPOSTOS

São os seguintes:

Natureza do pedido: trata-se de mero requerimento, e não recurso.

Natureza da decisão: administrativa. O ato do Presidente do Tribunal não examina o mérito do recurso, não desconstitui, reforma ou

modifica a decisão; ordena a suspensão dos seus efeitos. Seria, no máximo, *incidente processual*.

Competência: Presidente do Tribunal competente para o recurso. Admitido o recurso próprio interposto contra a medida concedida, ter-se-á a possibilidade de requerimento ao Presidente do respectivo Tribunal e, por isso, pode ser também deduzido perante o STJ ou STF, conforme admitidos os recursos especial e extraordinário.

Legitimidade: Ministério Público e pessoas jurídicas de direito público podem requerer a suspensão. Por pessoas jurídicas de direito público podem ser abrangidas as pessoas políticas (União, Estados-Membros, Distrito Federal e os Municípios), as autarquias (inclusive as sujeitas a regime especial, como as agências), as fundações de direito público. Conquanto não detenham tal personalidade jurídica, já se admitiu a suspensão requerida por empresas públicas prestadoras de serviços públicos.

Procedimento: o Presidente do Tribunal deverá ordenar a manifestação do autor da ação (que obteve a medida recorrida e que poderá ter seus efeitos suspensos) e o Ministério Público (salvo se ele tiver deduzido o pedido de suspensão). O prazo será de 72 horas.

Pressupostos: a concessão somente é possível se presente manifesto interesse público ou flagrante ilegitimidade (o Presidente, porém, não examina a legitimidade *ad causam*, pois não figura como Juiz da causa; a ilegitimidade aqui terá sentido diverso e tocante à medida concedida).

Finalidade: evitar lesão à ordem, saúde, segurança e economia pública.

Momento adequado: o pedido de suspensão pode ser deduzido a qualquer tempo, enquanto processado o recurso ou enquanto perdurar o grave receio de risco àqueles valores. Somente não será admitido depois de transitada em julgado a decisão que concedeu a medida.

Duração: os efeitos suspensivos impostos pelo Ato do Presidente do Tribunal podem perdurar até o trânsito em julgado da decisão de mérito na ação principal (Lei n. 8.437/92). Também no Mandado de Segurança podem os efeitos perdurar até a decisão definitiva, como enuncia a Súmula 626 do STF: "A suspensão da liminar em mandado de segurança, salvo determinação em contrário da decisão que a de-

ferir, vigorará até o trânsito em julgado da decisão definitiva de concessão da segurança ou, havendo recurso, até a sua manutenção pelo Supremo Tribunal Federal, desde que o objeto da liminar deferida coincida, total ou parcialmente, com o da impetração". Sendo assim, bastará a interposição sequencial de recursos e, sendo admitidos, perdurarão os efeitos suspensivos impostos pelo ato do Presidente do Tribunal.

10 COISA JULGADA

A eficácia da coisa julgada nas ações civis públicas tanto levará em conta a natureza do interesse defendido como o resultado do processo. Conforme o interesse (se difuso, se coletivo, se individual homogêneo) e conforme o resultado (se procedente, se improcedente e se a improcedência tiver sido determinada por falta de provas), ter-se-á a produção da coisa julgada. Aplicam-se as regras do art. 16 da Lei n. 7.347/85 e do art. 103 do Código de Defesa do Consumidor. Antes da indicação da coisa julgada segundo aqueles critérios, convém explicitar algumas regras indispensáveis para a compreensão:

a) o processo coletivo foi idealizado para permitir a defesa de interesses de pessoas indeterminadas ou de grupos determinados, assim como a produção da coisa julgada deverá alcançar não apenas as partes, mas todos os que compartilham o mesmo interesse ou direito (será *erga omnes* ou *ultra partes*, conforme a natureza do interesse);

b) no processo coletivo há o fenômeno da substituição processual; outro, e não o titular do direito defendido, é quem postula em Juízo, e disso deve decorrer a impossibilidade de a improcedência da ação coletiva inibir eventuais ações individuais;

c) havendo ações individuais e ação coletiva ajuizadas, deverá o autor da ação individual promover a suspensão da sua ação, sob pena de não vir a ser beneficiado pela sentença positiva havida na ação coletiva;

d) tendo sido admitido no processo coletivo (individuais homogêneos), o particular poderá ser atingido pela sentença de improcedência havida na ação coletiva;

e) a eficácia será: *erga omnes* — nos interesses ou direitos difusos e nos interesses individuais homogêneos, se procedente a ação civil pú-

blica ou se improcedente por outro motivo (não por falta de provas); *ultra partes* — nos interesses ou direitos coletivos se procedente a ação civil pública ou na improcedência por outro fundamento que não a falta de provas.

Não terá eficácia — nas três espécies se a improcedência tiver sido decretada por falta de provas.

Assim, sendo julgada improcedente a ação civil pública por ausência de prova necessária à defesa da pretensão do autor, outra ação poderá ser ajuizada pelo mesmo legitimado ou por qualquer outro que detenha legitimação e interesse. É o princípio da renovabilidade da ação.

O art. 16 da Lei n. 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública) impõe limitação à eficácia da coisa julgada, adstrita que fica aos "limites da competência territorial do órgão prolator". Algo impensável, mas que tem sido aplicado, a despeito da evidente incompatibilidade com o sistema previsto no Código de Defesa do Consumidor. Como bem ensina Hugo Nigro Mazzilli, confundiu-se a imutabilidade da decisão com os critérios de competência.

O estudo detalhado do regime processual disposto na Lei n. 7.347/85 pode ser realizado a partir da doutrina de Hugo Nigro Mazzilli (*A defesa dos interesses difusos em juízo*, Saraiva); José dos Santos Carvalho Filho (*Ação civil pública*, Rio de Janeiro: Lumen Juris); Marcus V. Rios Gonçalves (volume 26 desta Coleção); Teori Albino Zavascki (*Processo coletivo*, Revista dos Tribunais); Ricardo de Barros Leonel (*Manual do processo coletivo*, São Paulo, Revista dos Tribunais), dentre outros.

11 INQUÉRITO CIVIL

O inquérito civil é procedimento administrativo de atribuição exclusiva do Ministério Público destinado à apuração de fato que possa vir a motivar a tutela de interesses transindividuais, atuando como meio de preparação para a ação civil pública, para a tomada de compromisso de ajustamento de conduta ou para a expedição de recomendações que se mostrem necessárias.

Previsto no art. 129, III, da Constituição Federal, admitido na Lei n. 7.347/85 e regulado nas Leis Orgânicas do Ministério Público

(LC n. 75/93, Lei n. 8.625/93), acha-se agora regido pela Resolução n. 23 do Conselho Nacional do Ministério Público, de 17 de setembro de 2007, e apresenta algumas características:

Natureza: instrumento de atuação do Ministério Público, de natureza administrativa. É nominado na Constituição Federal como "função institucional" (art. 129, *caput* e inciso III).

Objeto: a investigação de fato capaz de ser objeto de tutela por ação movida pelo Ministério Público. O fato, diferentemente do que se processa no inquérito policial, pode ser resultante de uma situação permanente.

Finalidade: a produção de subsídios para a atuação ministerial, seja pela promoção da ação ou tomada de compromisso de ajustamento de conduta, ou, ainda, a mera expedição de recomendações.

Peculiaridades: é inquisitivo; não contraditório; em regra, regido pelo princípio da publicidade; dispensável e dotado de alguma informalidade (não há rito preordenado).

Fases: é desenvolvido em três fases: *instauração, instrução e conclusão.*

Instauração: pode ser determinada:

a) de ofício, pelo membro do Ministério Público que detém atribuições para a eventual ação (promotor de justiça natural);

b) por provocação, mediante *representação* oferecida por qualquer pessoa, ou *designação* do Conselho Superior do Ministério Público, Câmaras de Coordenação e Revisão, da Procuradoria-Geral de Justiça e outros órgãos superiores do Ministério Público.

A instauração se dá por portaria (registrada e numerada em ordem crescente) e que deve conter, além da descrição mínima do fato a ser investigado, o nome daquele a quem se atribui a conduta (investigado), as diligências iniciais, o nome do autor da representação, dentre outras providências.

A instauração pode ocorrer, como visto, de ofício (o membro do Ministério Público toma conhecimento do fato), mas pode decorrer de representação subscrita por qualquer pessoa. A representação pode ser indeferida, nunca rejeitada ou recusada, e o autor poderá recorrer ao órgão de reexame necessário (Conselho Superior do Ministério Público ou Câmara de Coordenação e Revisão). O recurso poderá ser interposto no prazo de 10 dias, contados da data em que

o autor tiver ciência do indeferimento e os demais interessados poderão apresentar contrarrazões. Sendo mantido o indeferimento, caberá ao órgão colegiado rever o indeferimento, podendo mantê-lo ou ordenar a instauração do inquérito (será a hipótese de instauração por provocação mediante determinação ou designação a que aludimos anteriormente).

Também é possível, antes da instauração do inquérito civil, que o membro do Ministério Público ordene a instauração de procedimento preparatório (coleta mínima de dados que possam vir a justificar a instauração do inquérito). O procedimento preparatório deve ser concluído no prazo de 90 dias, admitida uma única prorrogação, podendo permitir o ajuizamento da ação civil pública, ser transformado ou convertido em inquérito civil ou ser arquivado. Em sendo arquivado, necessariamente deverá ser encaminhado ao Conselho Superior ou Câmara de Coordenação para o necessário reexame.

Instrução: na fase de instrução o Ministério Público exerce seus poderes investigatórios (CF, art. 129, VI). Poderá ordenar a expedição de notificações e requisições, a condução coercitiva de pessoas, a expedição de precatórias, realizar inspeções ou promover medidas judiciais necessárias à coleta de subsídios para a eventual ação civil pública a seu cargo.

Da notificação não atendida pode resultar a condução coercitiva da pessoa notificada (Lei n. 8.625/93, art. 26, I) e da requisição não atendida e indispensável para o ajuizamento da ação pode resultar o crime de que trata o art. 10 da Lei n. 7.347/85 (previsto também no ECA e no Estatuto do Idoso). Para fazer valer suas requisições e notificações o Ministério Público pode requisitar o concurso da Polícia Civil ou Militar.

No curso da instrução poderá o membro do Ministério Público ordenar, quando indispensável, a decretação do sigilo. O sigilo alcança o conteúdo de documentos, de informações e não a existência do procedimento. Ele pode ser fundado em sigilo legal ou na prejudicialidade da publicidade para as investigações. Algumas autoridades somente recebem notificações e requisições quando encaminhadas pela Chefia do Ministério Público (PGJ ou PGR), tais como: Presidente da República, Vice-Presidente, Governadores de Estado, Senadores,

Deputados Federais, Estaduais e Distritais, Ministros de Estado, Ministros dos Tribunais Superiores, membros do CNJ e do CNMP, Ministros do TCU, Conselheiros do TCE e do TCM, Desembargadores, Secretários de Estado e chefes de missões diplomáticas de caráter permanente. A regra não é aplicável, portanto, aos Prefeitos, Vereadores, Secretários Municipais, Juízes em Primeira Instância e outras autoridades administrativas.

O prazo para conclusão do inquérito civil é de um ano, prorrogável quantas vezes forem necessárias. Nada impede, porém, que a regulamentação do inquérito civil, feita sempre no âmbito de cada Ministério Público, por ato aprovado pelo Órgão Especial do Colégio de Procuradores, estabeleça prazos inferiores.

Conclusão: vencidas todas as diligências necessárias para a elucidação do fato, o Ministério Público concluirá o inquérito civil, podendo:

a) ordenar o seu arquivamento e a consequente remessa ao Conselho Superior ou Câmara de Coordenação e Revisão. O prazo para a remessa é de 3 dias, sob pena de falta grave;

b) promover a ação civil pública perante o Juízo competente.

O arquivamento pode decorrer, por exemplo, da ausência de prova; da ausência de legitimidade para o Ministério Público ou da tomada de compromisso de ajustamento de conduta (ver na sequência). Pode ser ordenado sem prejuízo da expedição de recomendações.

O Ministério Público está também legitimado para dirigir recomendações ao Poder Público (entidades e órgãos), buscando zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância aos direitos assegurados na Constituição. Possibilitam-no a Lei n. 8.625/93 e a Lei Complementar n. 75/93. A expedição de recomendação não é discricionária, devendo ser antecedida de formal investigação dos fatos em sede de inquérito civil ou da realização de audiências públicas.

Pode o promotor de justiça ou o procurador-geral de justiça expedir a recomendação útil, requisitando sua divulgação e fixando prazo para a resposta (art. 27, parágrafo único, IV, da Lei n. 8.625/93, e art. 6º, XX, da LC n. 75/93).

A Administração Pública é, pois, compelida a:

a) conceder publicidade às recomendações;
b) responder ao Ministério Público;
c) encetar as providências reclamadas ou outras que se mostrem aptas a não justificar nova intervenção ministerial.

No mais, não possui a recomendação caráter vinculante. O inquérito civil é presidido pelo membro do Ministério Público (órgão de execução que reúne atribuições) e por ele pode ser arquivado (não requer o arquivamento, mas ordena), sujeitando-se a decisão, no entanto, à deliberação obrigatória efetuada pelo Conselho Superior do Ministério Público. O Conselho deve rever a promoção de arquivamento, homologando-a ou não. Se o Conselho deixar de homologá-la, impondo o ajuizamento da ação, aquele que ordenou o arquivamento não irá promovê-la, sendo outro membro designado para tanto. Assim, preserva-se a convicção do membro do Ministério Público que entendeu correto o arquivamento.

Cabe ao Conselho Superior (ou Câmara de Revisão ou Coordenação) o reexame necessário da promoção de arquivamento, podendo:

a) homologar a promoção de arquivamento;
b) converter o julgamento em diligência;
c) ordenar que outro membro do Ministério Público promova a ação cabível.

O controle incidente sobre o inquérito civil é realizado de ofício, pelo próprio Ministério Público, conquanto possa o Judiciário fiscalizar a sua legalidade quando provocado (por Mandado de Segurança ou *Habeas Corpus*, por exemplo).

12 COMPROMISSO DE AJUSTAMENTO

Ressalvada a impossibilidade de transação, acordo ou conciliação nas ações por improbidade administrativa (Lei n. 8.429/92, art. 17, § 1º), tem-se por possível a tomada de compromisso de ajustamento de conduta nas demais hipóteses de lesão a interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, ainda que a entidade estatal figure no polo passivo. Não se trata de transação propriamente dita, mas de ajustamento da conduta do autor da lesão às exigências legais. Não raro, o

compromisso visa a garantir eficiência a serviços públicos, protegendo direitos dos usuários e cidadãos.

O compromisso pode ser tomado na fase investigatória (no âmbito do inquérito civil de alçada exclusiva do Ministério Público), como também no curso da ação civil pública. Terá a eficácia de título executivo, dispensando testemunhas instrumentárias. Em sendo descumprida a obrigação assumida, aquele que o formalizou (legitimado ativo para a ação) poderá ajuizar a ação de execução. O compromisso, dita o art. 5º da Lei n. 7.347/85, somente pode ser tomado por "órgãos públicos legitimados para a ação". A imperfeição terminológica é evidente, porque estão legitimadas para a ação, além dos órgãos públicos (CDC, art. 82, III) e do Ministério Público, pessoas jurídicas de direito público e de direito privado. A norma equivocada deve ser interpretada como excludente da legitimidade para o compromisso por pessoas jurídicas de direito privado (o legislador, ao se referir a "órgãos públicos", teria afirmado a legitimidade de pessoas jurídicas de direito público). Conjugando o rol de legitimados para a ação civil pública e a redação do art. 5º da Lei n. 7.347/85, tem-se:

Podem tomar o compromisso de ajustamento:

a) o Ministério Público (o único a poder também instaurar e presidir o inquérito civil);

b) a União, os Estados-Membros, o Distrito Federal, os Municípios;

c) as autarquias, e também as agências executivas e as agências reguladoras;

d) as fundações de direito público;

e) os órgãos públicos, desde que legitimados para a ação.

Não podem tomar o compromisso de ajustamento:

a) as associações civis;

b) os sindicatos;

c) as fundações de direito privado;

d) as empresas públicas;

e) as sociedades de economia mista.

É defensável o entendimento que permite às empresas públicas e sociedades de economia mista a tomada do compromisso de ajustamento de conduta, desde que tenham sido constituídas para a presta-

ção de serviços públicos, não cabendo a defesa da legitimidade para as que exploram atividade econômica (dada a similitude com o regime jurídico privado). "Em suma, parece-nos que, quando se tratar de órgãos pelos quais o Estado administra o interesse público, ainda que integrem a chamada *administração indireta* (como autarquias, fundações públicas ou empresas públicas), nada obsta a que tomem compromissos de ajustamento quando ajam na qualidade de entes estatais. Contudo, para aqueles órgãos dos quais o Estado participe, quando concorram na atividade econômica em condições empresariais, não se lhes pode conceder a prerrogativa de tomar compromissos de ajustamento de conduta, sob pena de estimular desigualdades afrontosas à ordem jurídica, como é o caso das sociedades de economia mista ou das empresas públicas, quando ajam em condições de empresas de mercado" (Hugo Nigro Mazzilli, *A defesa dos interesses difusos em juízo*, cit., p. 358).

Quadro sinótico – Ação civil pública e inquérito civil

Bens tutelados: transindividuais	Interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos.	
Tutela jurisdicional coletiva	Princípios	— acesso à jurisdição coletiva (CF, art. 5º, XXXV); — não taxatividade; — máxima prioridade; — não exclusividade da legitimidade ativa; — máximo benefício da tutela coletiva; — fungibilidade; — disponibilidade motivada.
Legitimidade ativa	**a)** Ministério Público; **b)** Defensoria Pública; **c)** entidades estatais (União, Estados-Membros, Distrito Federal e Municípios); **d)** órgãos públicos, desde que haja vinculação entre fins e objeto defendido na ação;	

Legitimidade ativa	**e)** associações constituídas há pelo menos um ano e que incluam em suas finalidades a proteção do interesse defendido; **f)** sindicatos e comunidades indígenas (CF, arts. 8º, III, e 232, respectivamente).
Inquérito civil	É de atribuição exclusiva do Ministério Público, sendo meio preparatório para a ação civil pública, a tomada de compromisso de ajustamento de conduta ou a expedição de recomendações que se mostrem necessárias.
Compromisso de ajustamento	Trata-se de ajustamento da conduta do autor da lesão às exigências legais. Pode ser tomado na fase investigatória, como também no curso da ação civil pública. Podem tomar o compromisso de ajustamento: Ministério Público, União, Estados-Membros, Distrito Federal, Municípios, autarquias, agências executivas, agências reguladoras, fundações de direito público, órgãos públicos. Não podem tomar o compromisso de ajustamento: associações civis, sindicatos, fundações de direito privado, empresas públicas, sociedades de economia mista.
Controle	Administrativo. O arquivamento do inquérito civil está sujeito a reexame necessário pelo Conselho Superior do Ministério Público.

Capítulo IX
IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal ordena os princípios básicos da Administração (art. 37) e expressamente determina a imposição de sanções para os atos de improbidade administrativa (§ 4º). Da violação do princípio da moralidade administrativa decorre a prática de ato de improbidade administrativa e pode também decorrer a responsabilização administrativa (funcional, disciplinar) e penal.

A Lei n. 8.429/92, erroneamente conhecida por "Lei do Colarinho Branco" ou "Lei do Enriquecimento Ilícito", substituiu os diplomas legais vigentes até então (Leis n. 3.164/57 e n. 3.502/58, respectivamente Lei Pitombo-Godói Ilha e Lei Bilac Pinto) (ver art. 25).

Por improbidade administrativa entende-se o ato que afronta os princípios norteadores da atuação administrativa; é designativo da chamada corrupção administrativa ou, tecnicamente, *fato jurídico decorrente de conduta humana, positiva ou negativa, de efeitos jurídicos involuntários*. É ilícito político-administrativo, que induz à aplicação de sanções de natureza extrapenal em processo judicial.

As normas revogadas pela Lei n. 8.429/92, de aplicação quase desconhecida no País, aplicavam-se tão somente às hipóteses de improbidade decorrente de enriquecimento ilícito do agente, permitindo-se, porém, que o controle fosse estabelecido pelo Judiciário. A Lei Pitombo-Godói Ilha e a Lei Bilac Pinto conferiram legitimidade ativa para o Ministério Público, para a pessoa jurídica lesada (Fazenda Pública) e, também, para qualquer cidadão. A lei atual representa, pois, grande avanço, na esteira do estabelecido pela Constituição, já que busca estabelecer reprimenda a outras modalidades de improbidade administrativa.

2 SUJEITOS DA IMPROBIDADE

É sujeito passivo da improbidade a pessoa física ou jurídica lesada pelo ato (Lei n. 8.429/92, art. 1º):

a) União, Estados, Distrito Federal, Municípios e Autarquias — pessoas jurídicas de direito público;

b) empresas públicas, sociedades de economia mista, empresas incorporadas ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o Erário haja concorrido ou concorra com mais de 50% do patrimônio ou da receita anual;

c) entidades que recebam subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgãos ou empresas públicas.

É sujeito ativo da improbidade o agente público autor do ato e/ou o particular beneficiado pelo ato.

A lei oferta conceito amplo de agente público (art. 2º) e admite a prática do ato de improbidade por aquele que não seja agente público (particular ou terceiro beneficiado pelo ato). Daí por que sustentamos em nosso *Improbidade administrativa*: aspectos jurídicos da defesa do patrimônio público (5. ed., São Paulo: Atlas), na companhia de Marino Pazzaglini Filho e Waldo Fazzio Júnior, a existência de:

— atos de improbidade administrativa próprios;

— atos de improbidade administrativa por equiparação ou impróprios.

O *ato de improbidade próprio* é cometido por agente público:

a) qualquer pessoa capaz;

b) com vínculo permanente ou temporário;

c) a título remunerado ou não;

d) nomeada, designada, comissionada, eleita ou contratada;

e) ou por qualquer forma investida ou vinculada;

f) em exercício nas pessoas jurídicas de direito público ou de direito privado mencionadas anteriormente.

O segundo — *por equiparação* ou *impróprio* — é cometido por aquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta.

Para a punição do particular exige-se:

a) a indução do agente público à sua prática; ou

b) o concurso para a sua ocorrência; ou

c) o desfrute dele, ainda que por forma indireta.

A imposição das sanções, porém, não depende da decisão do Tribunal de Contas — se favorável ou desfavorável — ou da efetiva lesão ao Erário.

A Constituição Federal e a Lei n. 8.429/92 não excluem qualquer agente público da sujeição ativa. Há, no entanto, entendimento em sentido oposto, excluindo os chamados agentes políticos. Há posicionamento que restringe a aplicação da lei apenas aos agentes administrativos, entendendo que determinados agentes políticos apenas respondem por crimes de responsabilidade, ainda que tenham praticado atos de improbidade administrativa. O entendimento ignora que a regra constitucional não exclui nenhum agente público, está inserida em capítulo que orienta o exercício de qualquer função pública e que o cometimento de atos de improbidade não elimina a possibilidade do concurso com crimes de responsabilidade. Se prevalecer o entendimento restritivo, os agentes políticos terão em seu benefício autêntico espaço de irresponsabilidade política. A doutrina majoritariamente defende posicionamento contrário, que não exclui os agentes políticos das sanções da Lei n. 8.429/92. Admitimos, como exposto adiante (item 5), exceções à aplicação das sanções para determinados agentes, o que não significa a impossibilidade de imposição de outras sanções a todos os agentes, inclusive os agentes políticos.

3 MODALIDADES

Três são as modalidades de atos previstos pela Lei n. 8.429/92:

a) atos que importam enriquecimento ilícito (art. 9º);

b) atos que importam dano ao Erário (art. 10);

c) atos que importam violação de princípios (art. 11).

A lei não apresenta rol taxativo de condutas que importam o cometimento de atos de improbidade, fazendo-o exemplificativamente. Na companhia de Marino Pazzaglini Filho e Waldo Fazzio Júnior, efetuamos as anotações e comentários a cada uma das hipóte-

ses na lei prevista (ver nosso *Improbidade administrativa*, cit.). Os limites do presente estudo impedem a transcrição. De qualquer sorte, calha lembrar que as hipóteses previstas no art. 11 (atos que decorrem da violação de princípios) acompanham qualquer outro ato de improbidade. Assim, se determinado agente enriquece ilicitamente, porque se utiliza, por exemplo, de máquinas e equipamentos em proveito próprio — art. 9º, IV —, terá, incidentalmente, violado o princípio da moralidade e perpetrado também a improbidade prevista no art. 11 da mesma lei.

Objetivamente, pune a norma legal *qualquer ação ou omissão que permitir ao agente público o enriquecimento ilícito* em razão do exercício da função pública. Por enriquecimento ilícito, pode-se compreender o *auferimento de vantagem patrimonial indevida*, ou seja, a obtenção vedada de vantagem com importância material. A vantagem há de repercutir positivamente no patrimônio do agente, representando um acréscimo. Eis a regra legal: Lei n. 8.429/92, art. 9º: "*Constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º desta Lei, e notadamente*: ...". Como dito, o rol é meramente explificativo e as hipóteses sempre sugerem a presença de dolo no ânimo do agente (seria mesmo impensável o enriquecimento culposo).

Outra modalidade é a que pune a causação de dano ou lesão ao Erário e que pode ser decorrente de conduta dolosa ou culposa. Admite-se a punição por culpa do agente (como conceder benefícios ou vantagens indevidas a terceiros, agir negligentemente na arrecadação de tributos etc.). Eis a regra do art. 10 da Lei n. 8.429/92: "*Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta Lei, e notadamente*: ...".

Por fim, admite-se a punição por violação de princípios e deveres, exigindo-se, evidentemente, que o antecedente necessário seja a violação do dever de probidade (não se trata de controle de legalidade, mas de controle de moralidade). A lei não pune a prática de ato meramente ilegal, mas da atuação desonesta e que representa violação de princípios e deveres. Eis o disposto no art. 11 da mesma Lei: "*Art. 11.*

Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:...".

4 SANÇÕES

A prática de atos de improbidade administrativa sujeita o agente a sanções de natureza extrapenal, civil ou político-administrativa. O juiz deve aplicar as sanções previstas no art. 37, § 4º, da CF e no art. 12 da Lei n. 8.429/92, levando em conta a gravidade do fato. As sanções tanto podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente. Na dosimetria, o juiz deve considerar também a extensão do dano e o proveito patrimonial do agente, quando existentes.

Sanções previstas na Constituição Federal (art. 37, § 4º):

a) suspensão dos direitos políticos;
b) perda da função pública;
c) indisponibilidade dos bens;
d) obrigação de reparar o dano.

O legislador ordinário ampliou o rol, e a gravidade indica a sanção a ser aplicada, estabelecendo a Lei n. 8.429/92, em seu art. 12, a graduação das penas, conforme o ato perpetrado:

Ato que importa enriquecimento ilícito — sanções e dosimetria:

a) perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio;
b) ressarcimento integral do dano, quando houver;
c) perda da função pública;
d) suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos;
e) multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial;
f) proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de dez anos.

Ato que importa dano ao Erário — sanções:

a) ressarcimento integral do dano;
b) perda da função pública;
c) suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos;

d) multa civil de até duas vezes o valor do dano;

e) proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos;

f) perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer essa circunstância.

Ato que importa violação dos princípios — sanções:

a) perda da função pública;

b) suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos;

c) multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente;

d) proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos;

e) ressarcimento integral do dano, se houver.

Duas observações são significativas:

a) o ressarcimento ao patrimônio público é imprescritível (CF, art. 37, § 5º);

b) as sanções da perda de função pública e a suspensão dos direitos políticos somente se efetivam com o trânsito em julgado da sentença condenatória (Lei n. 8.429/92, art. 20).

A LC n. 64/90, que rege as situações de inelegibilidade, passou a considerar inelegíveis aqueles que tenham sido condenados por ato doloso de improbidade administrativa (LC n. 135/2010). A chamada "Lei Ficha Limpa", de iniciativa popular, intentou introduzir importante mecanismo de eficácia para a defesa da probidade, ampliando o rol de inelegibilidades e, dentre elas, as resultantes de condenações por improbidade administrativa.

5 EXCEÇÕES

Alguns agentes políticos não estão sujeitos a todas as sanções previstas na Lei n. 8.429/92: *o Presidente da República não se sujeita às penas de "perda da função" e "suspensão dos direitos políticos"* (CF, arts. 85

e 86), sujeitando-se, porém, às demais sanções. Os *senadores e deputados federais e estaduais não estão sujeitos à pena de "perda da função pública", mas se sujeitam a todas as demais (inclusive a suspensão dos direitos políticos)*. A perda da função pública de parlamentares é consequência natural da suspensão de seus direitos políticos. Assim, estabelece a Constituição Federal ser vedada a cassação dos direitos políticos, cuja perda ou suspensão dar-se-á, dentre outros, nos casos de improbidade administrativa (art. 15,V).

Os demais agentes políticos (vice-presidente, governador e vice, prefeito e vice) estão sujeitos a todas as sanções.

A posição que sugerimos, no entanto, não é pacífica, e há doutrinadores que defendem a aplicação de todas as sanções mesmo para os agentes que gozam de sistema próprio para a decretação da perda do cargo (ver, a propósito, Wallace Paiva Martins Júnior, *Probidade administrativa*, 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2002), assim como os que querem evitar a aplicação da lei de improbidade (como visto antes). Em síntese, tem-se:

a) aplicação restrita de algumas sanções aos agentes políticos;

b) aplicação de todas as sanções, independentemente do vínculo funcional;

c) não aplicação da Lei de Improbidade aos agentes políticos.

Aguarda-se o pronunciamento do STF sobre a incidência da Lei n. 8.429/92 para os chamados agentes políticos, sendo já conhecida posição favorável à tese que, injustificadamente, exculpa detentores de mandato eleito e seus auxiliares diretos (como os Ministros de Estado) da aplicação da Lei de Improbidade Administrativa. A tese, em breves linhas, é a de que alguns detêm modo próprio de responsabilização, ainda que autores de atos de improbidade (por exemplo, crime de responsabilidade), e, por isso, não estariam sujeitos às sanções aplicáveis na ação de improbidade. Como sugerimos a adoção de critérios diferenciados para a aplicação das sanções (levando em conta a natureza do vínculo) e porque a CF não excepciona os que estão sujeitos à regra do art. 37, § 4º, sustentamos posição divergente e que mantém a possibilidade de responsabilização dos agentes políticos também em sede de ação civil por improbidade administrativa. No entanto, da boa doutrina de Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves (*Improbidade*

administrativa, Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 370) extrai-se conclusão diversa. Para os autores, os "crimes de responsabilidade não podem ser confundidos com os atos de improbidade disciplinados pela Lei n. 8.429/92. Ainda que idêntico seja o fato, distintas serão as consequências que dele advirão, o que é próprio do sistema da independência entre as instâncias adotado no direito positivo pátrio. Em razão disso, torna-se possível que o Presidente da República seja responsabilizado pela prática do crime de responsabilidade (para alguns, crime comum, para outros, infração política ou político-administrativa) e, simultaneamente, pelo ato de improbidade tipificado e sancionado pela Lei n. 8.429/92". Conquanto seja essa a conclusão, como pensamos, melhor se compatibiliza a responsabilização com a exclusão, na ação de improbidade, das sanções de perda da função (equivalente à cassação do mandato) e da suspensão dos direitos políticos, mas desde que o sistema constitucional estabeleça forma própria de aplicação daquelas medidas (como ocorre em relação ao Presidente da República, aos Senadores e Deputados).

6 FORO COMPETENTE — REGRAS PROCESSUAIS

A aplicação das sanções, como dito anteriormente, independe da aprovação ou rejeição das contas pelo órgão de controle interno ou pelo Tribunal de Contas (art. 21, II, da Lei n. 8.429/92). As ações de improbidade devem ser processadas no local do dano (sede da pessoa jurídica lesada). Não devem incidir regras especiais de definição do foro competente para processar a ação e aplicar as sanções cabíveis.

A Lei n. 10.628, de 24 de dezembro de 2002, que alterou o art. 84 do Código de Processo Penal, acrescentando-lhe dois parágrafos, impondo o foro por prerrogativa de função nas ações de improbidade, foi declarada inconstitucional pelo STF (ADIn 2.797).

A norma legal violou, em especial, os arts. 102, I, 105, I, 108, I, 125, § 1º, e 37, § 4º, da Constituição Federal, como também a independência e a harmonia dos poderes do Estado (CF, art. 2º).

O Ministério Público pode instaurar inquérito civil preparatório da ação civil pública ou da medida cautelar. Não sendo o autor da ação, nela intervirá obrigatoriamente, sob pena de nulidade (art. 17, §

4º, da Lei n. 8.429/92). A condenação é revertida para o patrimônio da pessoa jurídica lesada (art. 18 da Lei n. 8.429/92). É vedada qualquer forma de transação, acordo ou conciliação nas ações (art. 17, § 1º, da Lei n. 8.429/92) e mesmo no curso dos procedimentos investigatórios. A Lei n. 8.429/92 possibilita, ainda, o ajuizamento de ação cautelar de sequestro (art. 16) e a indisponibilidade dos bens (art. 7º da Lei n. 8.429/92). Há, ainda, a possibilidade de "sequestro" instrumental, o que enseja a quebra do sigilo de que se revestem as informações bancárias, bem como a imposição do bloqueio das movimentações bancárias e financeiras, no Brasil e no exterior.

A lei utiliza o "sequestro" inadequadamente, quando parece se referir também ao "arresto". O sequestro pressupõe o litígio sobre bem determinado; o arresto pode incidir sobre a totalidade do patrimônio. Assim, apenas para a hipótese de enriquecimento ilícito e perda de bens em favor da entidade lesada poder-se-ia cogitar do sequestro, reservando-se para as demais hipóteses o arresto. Não há prejuízo algum com a impropriedade técnica porque, como já se disse, a lei possibilita também a "indisponibilidade" de bens, como sanção genérica aplicável a qualquer modalidade de ato de improbidade (art. 7º e parágrafo único da Lei n. 8.429/92). Veja-se, ainda, ser da tradição legislativa a utilização equivocada de um instituto por outro.

Em sendo promovida a ação pelo Ministério Público, a pessoa jurídica lesada deverá ser citada nos moldes previstos na Lei n. 4.717/65 (*v.* Capítulo VII, item 16 — "Ação Popular").

Admite-se o afastamento cautelar do agente público, seja no curso do processo administrativo investigatório, seja no curso da ação judicial, desde que:

a) não haja prejuízo da remuneração; e

b) seja indispensável à instrução.

As sanções de perda da função pública e de suspensão dos direitos políticos somente são executáveis após o trânsito em julgado da sentença condenatória.

7 PRESCRIÇÃO

O dano ao Erário é imprescritível, mas o ato de improbidade está sujeito a prescrição, que opera em:

a) até cinco anos após o término do mandato, cargo em comissão ou função de confiança;
b) dentro do prazo prescricional previsto em lei específica para faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público, nos casos de exercício de cargo efetivo ou emprego (art. 23 da Lei n. 8.429/92).

8 DECLARAÇÃO DE BENS

A posse e o exercício de agente público estão sempre condicionados à apresentação de declaração de bens e valores que compõem o seu patrimônio privado (art. 13 da Lei n. 8.429/92). A declaração deve incluir todos os bens, móveis e imóveis, semoventes, dinheiro, títulos, ações, localizados no País ou no exterior, e, quando for o caso, abranger os bens e valores de outras pessoas (cônjuge, companheiro, filhos etc.). A atualização da declaração é obrigatória e anual, podendo ser suprida pela declaração apresentada à Receita Federal, desde que atualizada.

Ao agente faltoso, que não apresentou a declaração ou que prestá-la sem conteúdo verdadeiro, é aplicável a pena de demissão "a bem do serviço público" (art. 13, § 3º, da Lei n. 8.429/92).

9 IMPROBIDADE E AÇÃO CIVIL PÚBLICA — NORMAS GERAIS

A Lei n. 7.347/85, que trata da ação civil pública em defesa de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, é aplicável nas ações por improbidade administrativa. Há, porém, a impossibilidade de aplicação de todas as suas normas.

Essa lei tem natureza predominantemente processual (somente duas normas de direito material: a que estabelece o tipo penal previsto no art. 10 e a reversão ao Fundo de reparação — art. 12), o que pode sugerir sua inteira aplicação. Mas, apesar de se completarem, alguns dispositivos são díspares e inaplicáveis, prevalecendo as normas processuais da Lei n. 8.429/92. Assim:

a) o rol de legitimados do art. 5º da Lei n. 7.347/85 é inaplicável; achando-se legitimados para a ação apenas o Ministério Público e a pessoa jurídica lesada;

b) a condenação não se reverte para o Fundo de que trata a Lei n. 7.347/85, mas para o patrimônio da pessoa jurídica lesada;

c) a Lei n. 7.347/85 contempla a possibilidade de transação ou de ser tomado o compromisso de ajustamento de conduta pelos "órgãos públicos" (leiam-se pessoas jurídicas de direito público e órgãos públicos, além do Ministério Público), estando qualquer tipo de acordo vedado pela Lei n. 8.429/92;

d) a Lei n. 8.429/92 estabelece um rito próprio para a ação de improbidade administrativa: o juiz, antes de receber a inicial, deverá ordenar a notificação do réu, para o oferecimento de manifestação, no prazo de quinze dias (a resposta escrita pode ser instruída com documentos); depois de decorrido o prazo, com ou sem a resposta, o juiz terá o prazo de trinta dias para decidir se recebe ou não a petição inicial (da decisão caberá agravo de instrumento); recebida a inicial, o réu será citado para apresentar contestação; em qualquer fase, "reconhecida a inadequação da ação", o juiz poderá extinguir o processo sem julgamento do mérito (art. 17, §§ 7º, 8º, 9º, 10 e 11).

Quadro sinótico – Improbidade administrativa

Conceito	Corrupção administrativa. É ilícito administrativo, que induz aplicação de sanções de natureza extrapenal em processo judicial.	
Sujeitos da improbidade	Sujeito ativo: o agente público autor do ato e/ou o particular beneficiado pelo ato. Sujeito passivo: pessoa física ou jurídica lesada pelo ato (Lei n. 8.429/92, art. 1º).	
Sanções	Não dependem de decisão do Tribunal de Contas — se favorável ou desfavorável — ou da efetiva lesão ao Erário.	
Modalidades e sanções	**Ato que importa enriquecimento ilícito — art. 12 da Lei n. 8.429/92**	**a)** perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio; **b)** ressarcimento integral do dano, quando houver; **c)** perda da função pública; **d)** suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos;

Modalidades e sanções	Ato que importa enriquecimento ilícito — art. 12 da Lei n. 8.429/92	**e)** multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial; **f)** proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de dez anos.
	Ato que importa dano ao Erário — sanções	**a)** ressarcimento integral do dano; **b)** perda da função pública; **c)** suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos; **d)** multa civil de até duas vezes o valor do dano; **e)** proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos; **f)** perda dos bens e valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer essa circunstância.
	Ato que importa violação de princípios	**a)** perda da função pública; **b)** suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos; **c)** multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente; **d)** proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos; **e)** ressarcimento integral do dano, se houver.

Modalidades e sanções	Observações	— o ressarcimento ao patrimônio público é imprescritível; — as sanções da perda de função pública e a suspensão dos direitos políticos somente se efetivam com o trânsito em julgado da sentença condenatória (Lei n. 8.429/92, art. 20).

Títulos já lançados

Volume 1 — Direito Civil — Parte Geral
Volume 2 — Direito Civil — Direito de Família
Volume 3 — Direito Civil — Direito das Coisas
Volume 4 — Direito Civil — Direito das Sucessões
Volume 5 — Direito Civil — Direito das Obrigações — Parte Geral
Volume 6, tomo I — Direito Civil — Direito das Obrigações — Parte Especial
Volume 6, tomo II — Direito Civil — Responsabilidade Civil
Volume 7 — Direito Penal — Parte Geral
Volume 8 — Direito Penal — Dos crimes contra a pessoa
Volume 9 — Direito Penal — Dos crimes contra o patrimônio
Volume 10 — Direito Penal — Dos crimes contra a dignidade sexual aos crimes contra a administração
Volume 11 — Processo Civil — Teoria geral do processo de conhecimento
Volume 12 — Processo Civil — Processo de execução e cautelar
Volume 13 — Processo Civil — Procedimentos especiais
Volume 14 — Processo Penal — Parte Geral
Volume 15, tomo I — Processo Penal — Procedimentos, nulidades e recursos
Volume 15, tomo II — Juizados Especiais Cíveis e Criminais — estaduais e federais
Volume 16 — Direito Tributário
Volume 17 — Direito Constitucional — Teoria geral da Constituição e direitos fundamentais
Volume 18 — Direito Constitucional — Da organização do Estado, dos poderes e histórico das Constituições
Volume 19 — Direito Administrativo — Parte I

Volume 20 — Direito Administrativo — Parte II

Volume 21 — Direito Comercial — Direito de empresa e sociedades empresárias

Volume 22 — Direito Comercial — Títulos de crédito e contratos mercantis

Volume 23 — Direito Falimentar

Volume 24 — Legislação Penal Especial — Crimes hediondos — tóxicos — terrorismo — tortura — arma de fogo — contravenções penais — crimes de trânsito

Volume 25 — Direito Previdenciário

Volume 26 — Tutela de Interesses Difusos e Coletivos

Volume 27 — Direito do Trabalho — Teoria geral a segurança e saúde

Volume 28 — Direito do Trabalho — Duração do trabalho a direito de greve

Volume 30 — Direitos Humanos